Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XX
C
9
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

CHRISTOPHORI BESOLDI, JC.

DELIBATA JURIS,

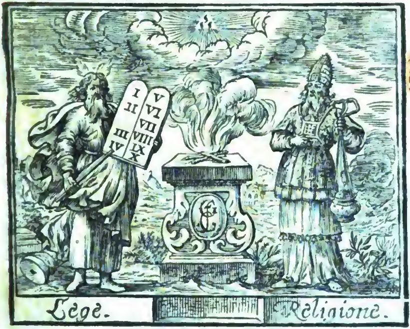
CONTINENTIA

Congeriem, ſuccinctamque Reſolutionem præcipuarum Quæſtionum, quæ in Libris Pandectarum L. occurrunt:

NOVISSIME REVISA, ET NONNULLIS, IN PRIMA PARTE, ADDITIONIBUS AUCTA,

OPERA

FERDINANDI CHRISTOPHORI HARPPRECHT, J.U.D. & in Supremo Würtembergiæ Dicaſterio Cauſarum Patroni.



TUBINGÆ,

SUMPTIBUS JOH. GEORGII COTTÆ, BIBL.
Typis JOACHIMI HEINII.
ANNO M. DC. LXXVII.

Digitized by Google

MAGNIFICO, NOBILISSIMIS
ET EXCELLENTISSIMIS

VIRIS,

DN. NICOLAO MYLERO ab Ehrenbach/
JCto Conſummatiſſimo, Supremi Regiminis Würtembergico-Ducalis Intimo Conſiliario, Conſiſtorij Directori perquàm Eminenti.

DN. BURCKARDO BARDILI,
J.U.D. & in incluta Tubingenſi Academia Pandectarum Profeſſori Famigeratiſſimo, nunc t. Spectatiſſ. Facultat. Decano.

DN. WOLFGANG - ADAMO Lauterbach/
LL. itidem Doct. atque Anteceſſori dudùm Emerito, Sereniſſimi noſtri Principis prudentiſſimo Conſiliario, & Ejuſdem Celſitudinis Supremi Dicaſterij Graviſſimo Adſeſſori.

DN. JOHANNI GRAVIO, J.U.D.
& Canonici, ut & Praxeos Celeberrimo Profeſſori.

DN. JOHANN - ANDREÆ Frommann/
U. J. Doct. & Impp. Inſtit. Profeſſori Meritiſſimo;

DNN. meis PATRONIS, PRÆCEPTORIBVS, reſpect. COMPATRIBVS omni perennis obſervantiæ cultu votiſque ſanctiſſimis ætatem proſequendis.

Digitized by Google

MAGNIFICE, ET EXCELLENTISSIMI VIRI,

AD quem, niſi ad Magnificentiam, & Nobiliſſimas VV. Excellentias, hæ pagellæ contendant, à Vobis, Conſummatiſſimis Themidos Filiis, lucem mutuaturæ? Quidnî ad dextram hæc opella adſpiret largiſſimorum Mecœnatum, ſubmiſſæ, erga tanta Reipubl. Lumina atque Columina, devotionis datura pignus? Animos non ſemel deſuper hæſitanti addidere ſingularis illa benevolentiæ in me tantulum Τεκμήρια, quæ, cùm attingere calamo volens nolim, venerabundo involvo ſilentio. Ac tametſi nunc quoque injectâ manu mentem audiam reclamantem:

Quo Muſa tendis? deſine pervicax
magna modis tenuare parvis,
& ſtellis nebulam ſpargere candidis;

Dico tamen, quod gratiam haud dubiè mancipatiſſimo Clienti ac Diſcipulo pronam

ven-

vendicabit, dùm piam ad obſequia promptitudinem obtendo, & quicquid chartâ dignum, ex pauxillis meis lineolis hinc inde offendetur, Veſtrum; quicquid damnandum, meum eſſe jubeo.

DEUM de cœtero ſuppliciter veneror, ut VV. undecunque Magnif. & Excellentias literato orbi & porrò ſartas tectas propitius largiatur, Veſtrumque mihi non ſaltem favorem indefeſſum conſervet; ſed & compenſet quàm clementiſſimè. Tubingæ ipſa Dominica Oculi, Anno, quo omnes animitùs ſuſpiramus:

oCVLVs DIVInVs nos ſeMper propVgnet!

VV. Magnif. & Excellent.

Omni religione dicatiſſimus Cliens atq; Diſcipulus

FERDINAND - CHRISTOPHORUS HARPPRECHT, D.

Digitized by Google

BENEVOLO LECTORI
O. P. S.

Delibata Pandectarum Beſoldiana, faventiſſime Lector, ſi non novâ luce, meliore utique ordine exhibeo, dilatatis aliquantò, in Parte Priore, phylacteriis, aliquo probatiſſimorum Auctorum magmento & ὑπερβάλλοντι μέρει, dulci alioquin oculiſerio. Scilicet magni cujuſdam nos inter MUSAGETÆ, qui, uti publicè permultis retrò annis ac nominibus profuit; ita nequit deeſſe Bono Publico natum Decus, imperiô, hoc quicquid eſt, tentavi, levidenſis opellæ; impar licet ſpei, obſequioſus tamen in præcepta: ſatius fore ratus, leviter lirare, quàm planè delirare per reluctamina. Atque dùm virium notæ tenuitati illud Tullij objicitur: *Ejice te de navi, præſto eſt, qui excipiat, vel ut Methymnæum Arionem delphinus, vel Pelopem illi equi Neptuni*; quid facerem? Præceptum utiq; capeſſendum: nec penitùs de Tua, humaniſſime Lector, facilitate deſperandum. Colligo inde vires; ſuffuror clamoſis fori negotiis temporis aliquantulum; ex inſtanti & Paterno DOMINORUM PRÆCEPTORUM juſſu ac monito Praxi Theoriam jungo: atque dum, ne iſthæc prorſus jaceat deſolata, utcunque curo; non tamen potui, niſi pauculas plagulas perexili adaugere additamento. In iſtis quid præſtitum CURRENTE PRÆLO, (quippe, antequam hoc opuſculum ad ſecundi ferè libri finem adſcenderat, nihil, necdum juſſus, immutare ſuſtinebam

Digitized by Google

bam) teſtabitur tùm melior & juxta ſeriem Pandectarum diſtributa tractatio: tùm Partium Opuſculi concinnior adornatio: tùm ſedula &, quouſque per negotia licuit, citra jactantiam induſtria cenſura: tùm, quid mei, ut eoſdem benigniſſimus dedit DEUS, Domini Præceptores, in uno vel altero (primæ partis Pandectarum) ζυζητήματι ſentiant, ſtudioſa, eaque, ubi incipit, aſteriſco; ubi deſinit, hoc ſigno † intimata adſignatio. Neque enim meum hîc quidquam vides; ſed quid illi hinc inde, in ſuis (quæ perpetuùm venerabitur orbis literatus) ac diſputatoriis præſertim ſcriptis, Aliique ſupremi ſubſellij Doctores doctè profitentur, ſubnectere ſategi. Et quamvis, dùm amphoram ipſe modeſtè ſperare inaudebam, currente rota vil js exeat urceolus; hoc tamen & tàm patulam ſcripti difformitatem meis, ſpero, in Praxi laboribus dabis, pro mea equidem imbecillitate ſatis arduis & multis; quibus planè ab omni Muſarum commercio, jam per aliquot hebdomadas abſtrahor totus, totuſque nunc obſitus & obſeptus deliteſco. Denique efficiet hoc qualecunque feſtinum tentamen, ut, ſi me Bonorum uni vel alteri quomodocunque placere contigerit, reliquas quoq; partes, vel per Additiones, adjecto pleniſſimo Indice, ſupplere; vel totum opuſculum unâ eâdemque facie ac ſerie, cum DEO & Die exhibere contendam. Ita vale & fove Tui ſtudioſiſſimum, meiſque ſtudiis humaniſſimè fave.

Digitized by Google

Digitized by Google

DISSERTATIONIS
DE
LIBRIS UTRIUSQUE JURIS
Caput I.
De Legibus, quæ vetuſtiores ſunt, quàm Romanæ.

IN Lege *2. §. 1. d. orig. Jur.* Pomponius reſpondet: Initio Civitatis, Populum ſine certa Lege, ſine Jure certo, primùm agere inſtituiſſe, omniaque Manu à Regibus fuiſſe gubernata.

Manu autem quod dicit, notat Reges ipſos Judicia ſolitos fuiſſe exercere, & ut quodque inciderat negotium, ſtatuiſſe, quod æquum videbatur, abſolutâ ſcil. poteſtate. Manus enim tàm in ſacris autoribus, quàm prophanis, ſumitur pro poteſtate. *princ. Inſt. d. libert. l. 4. d. Juſt. & iur. l pen. C d. furt. & ſerv. corrupt.* Sic etiam *Geneſ. cap. 16. v. 6.* Abraham ad Saram, Ecce, ait, ancilla tua in manu tua eſt, utere eâ ut lubet. Et ad Paridem Helena apud Ovidium.

An neſcis longas Regibus eſſe manus?

Nec Romæ ſolùm hoc, ſed & alias quoque apud gentes uſitatum fuit. Juſtinus namque *lib. 1.* Principio rerum, inquit, gentium, nationumque Imperium, penes Reges erat; quos ad faſtigium hujus Majeſtatis, non amplitudo popularis, ſed ſpectata inter bonos moderatio provehebat. Populus nullis Legibus tenebatur, arbitria Principum pro Legibus erant. Qui idem *lib. 2.* Quia libido Regum pro Legibus habebatur, eligitur Solon vir Juſtitiâ inſignis, qui velut novam Civitatem Legibus conderet.

Sanè Joſephus, *lib. 2. adverſ. Apion.* Legis nomen adeò Græcis vetuſtioribus incognitum fuiſſe, ſcribit, ut ne apud Homerum quidem reperiatur. Sed alibi ſatis, ut puto, edoctum à me fuit *tr. d. præmiis, pœnis, & legib. cap. 6. num. 2.* leges non ſolùm neceſſarias; verùm etiam antiquiſſimas eſſe.

Statim poſtquam homo conditus à Deo O. M. & in Paradiſum voluptatis, ut operaretur & cuſtodiret illum, poſitus fuit; præceptum ille hoc accepit: Ex omni ligno Paradiſi comede, *de ligno autem ſcientia boni & mali* ne comedas. In quocunque enim die comederis ex eo, morte morieris. *Geneſ. 2. verſ. 15. &c.*

Legem hanc Tertullianus, *ſub initium eius libri, quem adverſus Judæos ſcripſit*; affirmat: Adamo datam fuiſſe, velut matricem & fontem aliarum legum omnium, quæ multis poſt ſeculis per Moſen latæ ſunt Hebræis. Sic enim inquit: Deus in principio Mundi, ipſi Adæ & Evæ legem dedit, ne de fructu arboris plantatæ in medio Paradiſi ederent: quod ſi contra feciſſent, morerentur: quæ Lex eis ſufficeret, ſi eſſet cuſtodita. In hac enim Lege Adæ data, omnia præcepta condita cognoſcimus, quæ poſteà pullulaverunt, data per Moſen. &c. vid. Doctiſſ. Perer. *in com. ad Gen. lib. 4. cap. 2. verſ. 16. 17.* & me *in præcognitis polit. cap. 6. num. 5.*

Prohibet hæc Lex ſui amorem, ſcientiam carnalem, Aigen geſuch ꝛc. vult, ut Deo ſoli noſtro creatori adhæreamus, in eo fiduciam collocemus. Habemus nos ad Deum, noſtrum creatorem, ut umbra ad corpus, ut imago in ſpeculo ad archetypum: evaneſcimus, ſi ab illo nos avertimus, & per nos aliquid ſcire vel eſſe præſumere audemus. *Geneſ. 3. verſ. 12.*

Statim quoque poſt Noæ ex arca egreſſum, legem ipſi, poſteriſque poſuit DEUS ſummus, qui tum ita ſanxit: Carnem cum ſanguine non comedetis, ſanguinem animarum veſtrarum requiram de manu cunctarum beſtiarum: & de manu hominis, de manu viri, & de manu fratris ejus; Quicunque effuderit humanum ſanguinem, fundetur ſanguis illius, &c. *Geneſ. 9. v. 4. &c.* More ſuo hîc agunt Hebræi, dum tradunt, Deum ſeptem præcepta hominibus poſt diluvium dediſſe, quæ vulgo adpellant Præcepta filiorum Noæ, & præcepta naturæ, quibus adſtringi cenſent etiam gentiles, hoc ordine digeſta: ut videre licet apud Rabbinum Salomonem, *ad 2 cap. Hierem.* & in Seder Olam, quod eſt Chronicon Hebræorum. Non colere Idola. Benedicere Deum. Cavere ab

Digitized by Google

vere ab inceſtu propinquorum, omniq́ue concubitu nefando. Non fundere ſanguinem humanum. Non rapere aliena. Non tollere membrum de animali viventi.

Ex tunc ferè nullum ſeculum fuit, quod caruerit legibus, etiam ab hominibus latis. Celeberrima eſt legiſlatio illa Dei, Moſis manibus data, qui vixit circa Ann. Mundi 2400. Ante Chriſt. Nat. 1548. tempore quo Cecrops apud Athenienſes regnabat, & oliva in arce Athenarum enata, ac urbs inde Athenæ vocata fuit. Sethus Calviſ. *in Chronol.* Diu ante bellum Trojanum, quod utpote incidit in id tempus, quo Jairus, populi Iſraelitici Judex erat. Ann. Mundi 2767.

Sed ni fallor etiam ante Moſen, gentes aliæ leges habuerunt: ejuſq́ue rei inventionem Cereri adſcribunt: quam ideò Græci *Teſmophoron*, ut quæ Princeps Leges ſanciverit, appellati ait Diodor. Sicul. *lib. 1. num. 14.* Qui & *ibid.* tradit: Iſidem Ægyptiam Leges ſtatuiſſe, ſecundùm quas Jus inter ſe homines communicarent, & à vi atque injuria, ex lege, deſiſterent, pœnæ metu.

Fuerunt & Græcis Legiſlatores plures: ac quidem generum duorum, ut monet Ariſt. *2. Polit.* Nam vel iis utebantur homines; vel in ſcriptis tantum, & diſputationibus hærebant.

Poſterioris generis erant tractationes Platonis de Rep. & legibus ex Socratis traditione. Phaleæ item Chalced. & Hippodami Mileſ. de quo vide A. Muret. *1. var. lect. c. 14.* & Victorium. *38. var. lect. c. 2.* Quos, inter Latinos, Cicero *in tract. de legib.* eſt imitatus.

Ad prius refero leges Minois (qui non diu poſt Joſuæ vitam, Cretenſibus imperitavit,) Licurgi, (qui Spartanorum, ſeu Lacedæmoniorum fuit Legiſlator) Carthaginenſium item inſtituta, Leges quoque Draconis & Solonis, quas Athenienſib. dedere. Zaleucus etiam Locris Epizephyriis: & Charondas ſuis Catanæis, aliiſq́ue Civitatibus Chalcidicis & Italiæ, ac Siciliæ, leges præſcripſerunt, de quorum duorum vita orat. ſingularem Inſtitutionibus ſuis Conr. Rittersh. præfixit. Quorum adhuc plures Ariſtot. *d. lib. 2. polit.* refert, de iiſq́ue cunctis judicat prudenter. Et ſolus ille, in politico opere, pro ingenii ſui ſagacitate, ad res vitamq́ue humanam maximè accommodato: non Remp. fingit, nec leges aliis præſcribit: verum inſtituit hominem civilem, ut in omni Reip. formâ verſari, & partes ſibi cõcreditas ſuſtinere queat.

Digitized by Google

Caput II.

De primis Legibus Romanorum.

Sed ad Leges Romanas, quas hodie diſcimus, & interpretamur in Scholis, propiùs accedamus. Hic autem commemorare placet, Romæ fatale fuiſſe nomen, ejus nempe magnitudinem futuram, ab origine præmonſtrans. *Rum.* enim Hebraicè, & etiam Tuſcè (quæ Linguæ Hebraicæ dialectus fuiſſe reputatur) altus, ſeu ſublimis eſt. Unde & Germanici dicunt Rhum/ rühmen/ pro loben/ erhöhen. Hincque Romulus *Romel.* h. e. altus Deus.

Tulit Romulus Leges quaſdam ad Populum; tulerunt & ſequentes Reges, Romulus de educatione liberorum, de matrimoniis, de parentum jure ſanxit. Numa de homicidiis, de bonæ fidei contractibus, de ſepultura. Juris verò Civilis præcipuus auctor Servius Tullius habetur: qui auctore Dionyſio, de contractibus & injuriis quinquaginta leges rogavit. De fœnore item, de nexis ære alieno, & alia: ex quibus non pauca Decemviri in Tabulas ſuas tranſtulerunt. v. I. Lipſium, *tr. de legib. Regiis.* & Georg. Eberlin. *d. orig Jur. c. 4. in pr.*

Leges autem Regiæ conſcriptæ olim extabant, in libro Sexti Papirii: quem tamen in hac ipſa lege, Pomponius, Publium, Halicarnaſſeus. *lib. 3.* Gajum *&* *lib. 5.* Marium vocat: ita ut in tantâ varietate fatendum ſit, nomen ejus ignorari.

Fuitque Papirius ille, Pontifex Max. ut notat Muretus *d orig. Jur.* & eum ex principalib. viris fuiſſe, Pomponius ait. *d. leg. 2. §. 2.* additque, vixiſſe temporibus illis, quibus Superbus, filius Demarati Corinthii mercatoris, h. e. Tarquinius Priſcus, ut Cujac. & Gothofr. *ad d. §. 2. l. 2.* monent, imperitabat. Ultimus enim Tarquinius Superbus, non Corinthii illius, ſed Tarquinii Priſci filius vel nepos erat. vid. tamen Muret. *ad d. §. 2.* qui hîc in Pomponio agnoſcit memoriæ lapſum.

Is liber, quem à Papirio, modò confectum eſſe dixi, adpellatus fuit *Jus Civile Papirianum.* Non quia is de ſuo quicquam adjecit: ſed quod Leges ſine ordine latas, compoſuerit in unum. Hujus etiam Macrobius meminit, *lib. 3. ſaturnal. c. 11.* ut tunc adhuc extantis; de eoque jure Granius Flaccus, librum ſcripſit ſingularem, in quo Regias leges eſt interpretatus, teſte Paul. *in l. Maſſurius. 144. d. V. S.* Et hoc fuit primum caput Juris in Imperio Ro-

perio Ro-

perio Romano. Exactis deindè Regibus Regiæ etiam leges exoleverunt: iterumq́ue cœpit Populus Romanus, incerto magis jure, & conſuetudine ali, quàm per latam legem. Idque (ut Pomponius *h. in §. 3. & 4. ait*) prope viginti annis paſſus eſt.

Poſtea ne diutius hoc fieret: placuit publicâ authoritate, Decem conſtitui Viros, per quos peterentur Leges à Græcis Civitatibus, & Civitas Legibus fundaretur; quas in Tabulas eboreas perſcriptas pro Roſtris compoſuerunt, ut poſſint Leges apertius percipi, datum eſt eis jus eo anno in Civitate ſummum: uti leges & corrigerent, ſi opus eſſet, ac etiam interpretarentur: neque provocatio ab eis, ſicut à reliquis Magiſtratibus, fieret. Qui ipſi animadverterunt, aliquid deeſſe iſtis primis legibꝰ: ideoq; ſequenti anno alias duas ad eaſdem Tabulas adjecerunt, & ita ex accidenti appellatæ ſunt *Leges XII. Tab.* quarum ferendarum authorem fuiſſe Decemviris, Hermodorum quendam Epheſium, exulantem in Italia, quidam retulerunt. *v. Hiſtoriam Juris Romani,* Dn. Lindemanni. *th. 94. &c.*

Regiæ quidem Leges partim ſcriptæ, partim inſcriptæ, ad uſque Tarquinii Superbi tempora valuerunt. Primus ille & Servii leges omnes abrogavit, & priorum Regum pleraſque contempſit, omnia referens ad vim, & libidinem dominandi. Lipſius *d. legib. Regiis.* Tarquiniô pulsô, à Bruto & Valer. Coſſ. revocatas iterum Servianas, aliasq́ue leges, Dionyſius adfirmat non uno loco.

Cùm verò Imperium Conſulare nimium, civitatiq́ue intolerabile, & atrocius ferè quàm Regium eſſet; faciendum viſum fuit, ut impotens illa Conſulum dominatio minueretur. Legem itaq́ue tulit Terentillus Arſa Tribunus Plebis, de Quinqueviris creandis, qui leges conſcriberent de Imperio Conſulari. Liv. *lib. 3.*

De quo quandiù certatum in Rep. eſt, nullis legibus locus fuit, eaq́ue de re videndus eſt omninò Goveanus *lib 1. var. cap. 21.* ubi putat, lege hâc Terentilli Tribuni pl. abolitas fuiſſe Regias leges, & ita Pomponium vindicat ab errore, cujus eum arguit Muretus: cùm autumat, hanc eſſe Pomponii mentem, quod contra omnem Chronologicam rationem, viginti tantum anni elapſi fuerint, à Regibus exactis ad Decemviros creatos: cùm ferè interceſſerint 60.

Porrò autem Tacit. *lib. 3. annal.* ait: creatos Decemviros ac-

Digitized by Google

civiſſe, quæ uſquam egregia fuerant: Miſſi enim ſunt Legati, partim in Græciæ urbes, quæ in Italia erant, partim Athenas, ut ſcribit Halicarnaſſ. *lib. 10.* ac etiam Gell. *20. cap. 1.* refert, Legem hanc inquiſitis, exploratiſque multarum urbium Legibus conſcriptam fuiſſe. Nam & Athenæus, *lib. 6. ad fin.* è Lacedæmoniorum diſciplina, Romanos quædam mutuatos ſcribit, ut & Juſtinian. §. *10. Inſt. d. Jure nat.* ac Ammianus *lib. 16.* Reductæ etiam ſunt plures antiquatæ ſanctiones. Certè Leges Regiæ ex 1. 2. & 3. Tabula à Feſto citantur. Lex Romuli, de filiis vendendis, teſte Dionyſio Halicarnaſſ. *lib. 2.* inſerta fuit Quartæ. Hancce legislationem tanti fecerunt etiam Sapientiſſimi quique Romanorum, ut Cic. *1. d. Orator. ſub perſona Craſſi,* ſcribere fuerit auſus. Fremant omnes licet, dicam quod ſentio: bibliothecas mehercule omnium philoſophorum, unus mihi videtur XII. Tab. libellus, ſi quis legum fontes & capita viderit, & auctoritatis pondere, & utilitatis ubertate ſuperare. Addit etiam illud: percipi exinde, quantum præſtiterint cæteris gentibus Romani: & omne jus Civile, præter hoc, etiam Lycurgi, Draconis & Solonis leges inconditas & ridiculas eſſe. Et *eod. lib. ſub Craſſi perſona* Cic. ait: diſcebamus pueri, duodecim, ut carmen neceſſarium, quas jam nemo diſcit. Legis hujus æquitatem vindicat Gellius prolixè *lib. 20. cap. 1.* vid. etiam Ritterhuſ. *proleg. cap. 3.* Celebri autem Legislatione hac (quamvis in foro ad Curiam Hoſtiliam fixa manſerit, poſt varia incendia Urbis, ultra tempora Septimii Severi Imp. Lipſio *d. loc.* teſte) integrâ nunc caremus, nec aliud, niſi ejus fragmenta quædam habemus, à variis collecta, & inprimis à Theodoro Marcilio, Rittershuſio, & Jacobo Gothofredo, ſtudioſè & præclarè explicata. Ac vide de veteribus & novis Interpret. XII. Tabular. Rittershuſ. *lib. 1. cap. 6. proleg.*

Putoque maximè utilem operam navaturum Juris Studioſum, ſi vel ſaltem Rittershuſii d. Legis explicationem (utpote cæteris perſpicuam magis) ſibi redderet familiarem; ob variam & ad legum noſtrarum penitiùs intelligendarum neceſſariam propè eruditionem.

Sed utcunque cautè & prudenter conſcripta fuerit L. illa XII. Tab. & tamen, quod naturaliter evenire ſolet, in applicando eo jure, diverſis circumſtantiis facti, diſputationem peperit fori: & inde neceſſaria fuit Interpretatio, quæ prudentum auctoritati, non

tati, non cuilibet in hiſce rebus inexercitato, potuit committi. *l. 2. §. 5. d. O. l.* Sanè omnis Lex, omneque ſtatutum, productionem ad ſimiles caſus, aut mitigationem in diſſimilibus requirit. *l non poſſunt. 12. cum aliquot ſeqq. d. leg.* Hincq; videmus, cum natura pugnare, qui Legum Interpretationem, earumque peritos Interpretes, ſeu artem juris circa talem interpretationem occupatam, tollunt.

Sicque addit Pomponius *h. §. 6.* Ex his legibus eodem tempore, compoſitas fuiſſe actiones, quibus inter ſe homines diſceptarent: quas ne populus prout vellet, inſtitueret, certas ſolenneſque eſſe voluiſſe Jureconſultos: dictaſque fuiſſe legis, quaſi legitimas actiones. Nam & Ulpian. *in fragm. tit. 11. §. morib.* Lege agere, & legitimo judicio agere, poſuit pro iiſdem.

Certè vana eſt & incerta, omnis adminiſtratio Juris, niſi ad diverſa actionum genera habeatur reſpectus. Si enim quæ actio, quodve remedium Juris ſit intentatum, & quæ ejus requiſita exiſtant, ſciatur, facillimâ operâ, an ea probata, vel per exceptionem eliſa, & ita quæ ſententia ferri debeat, perſpici poteſt. Hocque verè fuit Divinum inventum; quo ad jus & Juſtitiam ritè adminiſtrandam, nullum aptius potuit inveniri. At diu apud Romanos, tam ſcientiam juris interpretandi, quàm etiam actiones, apud Collegium Pontificum erat; ex quibus conſtituebatur, quis quoquo anno privatis præeſſet. *d. l. 2. §. 6. verſ. omnium. d. O. l.* Olim enim apud pleraſque gentes, Sacerdotes etiam legum habebant curam; nulliſque aliis, res tam ſancta tutò committi credebatur, niſi quibus ipſa religio, reſque ſacræ commiſſæ erant. Quod & uſu veniebat in Rep. Hebræorum. Ac Ægyptios item Sacerdotes, Judices quoque fuiſſe, memorat Ælianus. *lib. 14. var. hiſt. cap. 34.* Et Druydes etiam, qui Sacerdotes erant priſcorum Gallorum, ferè de omnibus controverſiis, cùm publicis, tùm privatis ſtatuerunt. Cæſar. *lib. 6. d. Bell. Gall.* Eundem denique morem apud veteres Germanos fuiſſe, Tacitus, *de morib. Germ.* innuere videtur, dùm ait: Cæterùm neque animadvertere, neque vincire, neque verberare quidem, niſi Sacerdotib. permiſſum: non quaſi in pœnam, nec Ducis juſſu, ſed velut Deo imperante.

Et ideò non adeò abſurdum eſt, quod Franci quondam, & etiam adhuc hodie noſtri Germani, Epiſcopos, aliaſque Eccleſiaſticas

Digitized by Google

ſticas perſonas, Imperii Statibus aggregant, non ſolùm propter fidem & auctoritatem, quam ipſis Religio, cui principaliter addictæ, conciliare ſolet: ſed & ad majorem libertatis tutelam; cùm tales non ita arctè ſint Principibus ſubjectæ, nec ab hiſce earum dependeat ſalus.

Et quidem apud Romanos, ultra annos centum, ſoli Pontifices Jus civile habebant. Poſtea cùm App. Claudius ad formam redegiſſet actiones, Cneus Flavius, Scriba ejus, filius libertini, ſubreptum librum populo tradidit: idque munus adeò gratum populo fuit, ut Tribunus Pl. Senator, & Ædilis fieret Curulis. Hicque liber adpellatus fuit *Jus Civile Flavianum*, §. 7. *d. l. 2.* Qua de re ita Cicero, alicubi ſcribit: Inventus eſt ſcriba quidam, Cneus Flavius, qui cornicum oculos confixerit, & ſingulis diebus ediſcendos Faſtos, populo propoſuerit, & ab ipſis cautis JCtis, eorum ſapientiam compilârit.

Quod ipſum ferè Valer. quoque Maximus ſcribit. *2 cap 1.* Jus Civile inquiens, permulta ſecula, intra ſacra, ceremoniaſque Deorum immortalium abditum, ſoliſque Pontificibus notum; Cn. Flavius, libertino patre genitus, & Scriba, cum ingenti nobilitatis indignatione, factus Ædilis Curulis, vulgavit, ac Faſtos penè toto foro expoſuit.

Augeſcente deinde Civitate, quia deerant quædam genera agendi, non multum poſt temporis ſpatium, Sext. Ælius, alias actiones compoſuit, & librum populo dedit, qui appellatur *Jus Ælianum*, §. 7. *in fin. d. l. 2.* hujuſque Ælii meminit etiam §. 38. *d. l. 2.* ubi Pomponius refert, eum compoſuiſſe librum, qui inſcribebatur Tripertita: qui liber velut cunabula Juris contineret.

Sed variis interpretationibus, legumque lationibus, & etiam Prætorum Edictis mirum crevit, ſuaque penè mole laborare magis magiſque cœpit Ius Civile. Adeò ut Cæſar, qui Mundum coërcuit, etiam cogitaret de jure Civili in ordinem redigendo, voluitque ex immenſa, diffuſaque legum copiâ, optima quæque & neceſſaria, ad certum redigere modum, & in pauciſſimos conferre libros. Sueton. *in Eius vita. cap. 44.*

Quod autem illo quoque tempore, ſicut & hac tempeſtate, infinita fuerit copia Legum, & in eas Commentatorum, Livius docet, qui ſcribit: Decem Tabularum Lex prolata eſt, quæ nunc quoque

Digitized by Google

quoque in hoc immenſo, aliarum ſuper alias acervatarum Legum cumulo, fons eſt omnis publici, privatique juris. Sed inter omnes interpretationes, correctiones, & extenſiones illius *XII.* Tab. Legis, per Plebiſcita, Leges, SCta, aliaſque ſanctiones factas, magis celebria & æquitati etiam admodum convenientia fuêre Prætorum Edicta.

Dicti autem fuêre Prætores, quaſi Præitores, quod ſcil. jure & exercitu præirent. Varro *4. de Ling. Latin.* Novell.*25. in pr.* Hinc *Prætoria* non ſolùm Iudiciariæ Domus ſunt appellata, in quibus Magiſtratus Ius reddebat: ſed & in quibus habitare ſolebat. Novell. *24. in pr. l. Prætoria. 4. C. de operib. public.* Quæ poſtea Palatia dicta fuerunt, & Regalibus annumerantur *II. F. 56.* Et Prætores initio erant, qui nunc Conſules, iiq́ue bella adminiſtrabant. Inde Prætoria porta, Prætoria cohors, & Prætorium ſeu Tabernaculum belli Ducis.

Et quidem Prætores, aliiq́ue Magiſtratus Edicta proponebant, ut ſcirent Cives, quod Ius de quaque re quiſque dicturus eſſet, ſeque præmunirent, *l. 2. ff. d. O. Jur. §. eodem tempore & Magiſtratus. 10.* Ac proponebantur Edicta, ut meliùs legi poſſent, in Tabula dealbata. Unde actio Albi corrupti, *t. tit. de albo corrupt.* & adverſarium ad Album producere, *id eſt*, illi demonſtrare, quo genere actionis quis ſit experturus. *l. 1. §. 1. in fin. de edend.* Cujac. *8. obſ. c. 15.*

Verùm in eo à Lege (quæ durante Democratia, populi authoritate) & à conſtitutione (quam ſuperveniente Principatu, ſolus Princeps ſanciebat) Ius Honorarium differebat; quòd Edicta Prætorum annua ab initio, non perpetua erant: donec ab Adriano inductum eſſet, ut (veteris ſine dubio Prætorum auctoritatis minuendæ cauſa, ſub ſpecie tamen publicæ commoditatis) unicum componeretur Edictum, ex quo Prætores omnes, in poſterum jus dicerent; quodque idcirco perpetuum appellatum, & concinnatum fuit à Salvio Iuliano, origine Mediolanenſi, ac illuſtri genere prognato. *latè* Eberlinus. *tract. d. origin. Jur. f. 84.* Lindenman. *in hiſt. Jur. theſ. 219.* ego ad *l. 7. & 8. d. Juſt. & Jur. quaſt. ult.*

Tribonianus etiam in ff. compoſitione ordinem Edicti perpetui obſervare, à Iuſtiniano juſſus fuit, *l. 1 §. cumq; hac. 5. C. de vet. iure enucl.* eſtq́ue illud expreſſum *in l. 2. de ſtatu homin.* Et ad

Digitized by Google

illud Edictum præclariſſimi quique JCC. Commentaria ſcripſerunt, quod teſtantur illæ in libris ff. paſſim obviæ inſcriptiones: Ulpianus ad Edictum. Paulus ad Edictum.

Caput III.
De Codice Theodoſiano, conſimilibusque Legislationibus Romanis.

Poſt perpetuum Edictum, occurrit inter celebriores legislationes, in unum corpus redactas, Codex Theodoſianus, Gregorianus & Hermogenianus, quorum meminit Iuſtinianus *in l. un. C. d. nov. C. fac. & l. un. C. d. Juſtin. Cod. confirm.* Et ſanè Iuſtinianus Codicem ſuum novum adpellat, propter Theodoſianum & alios, qui ante Iuſtinianeum erant. Codex dicitur in arboribus & fruticibus id, quod à radice craſsa ſupra terram aſſurgit, & ex quo tabulas antiqui faciebant, hiſque cerâ illitis ſtylo inſcribebant: poſtea ſolis earum corticibus, tenuioribuſque tunicis nullâ cerâ adhibitâ, pro membranis uſi ſunt. Unde Codices, antiqui plures Tabulas conjunctas, dicebant. Varro *apud Nonium.* v. Iſidor. *6. orig. cap. 12.* Cothman. *ad Cod. fol. 21.* Hinc & Conſtitutionum Imperatoriarum volumina, Codices κατ' ἐξοχὴν, adpellantur. Sanè Leges novæ à Conſtantino Magno, propter inſignes tunc factas mutationes, cùm ob ſedem Imperii Conſtantinopolin translatam, tum ob abolitum Paganiſmum, quamplurimæ factæ ſunt: eæ tamen erant permixtæ & inordinatæ, poſtea Theodoſius minor, Auguſtus (de quo extat oratio Eberhardi à Weihe) ad ſimilitudinem Gregoriani & Hermogeniani, Codicem, à Conſtantini temporibus ſub proprio cujuſque Imperatoris titulo diſpoſuit, quem ſuo nomine Theodoſianum adpellavit. Iſidor. *lib 5. cap. 1.* Et obtinuit quidem illud Codicis nomen primùm liber, quo continebantur conſtitutiones Imperatorum ab Adriano ad Valerianum & Gallienum, dictuſque eſt Codex Gregorianus, à nomine Juris Studioſi, qui huic Collectioni operam dedit. Subſequutus eſt Codex Hermogenianus, ab Hermogeniano ſimiliter ejus editionis auctore ita dict⁹, quo continebantur Claudii Aureliani, Probi, Cari, Carini & innumeræ Diocletiani & Maximiniani conſtitutiones, ut perperam Codici Gregoriano adſcribantur

quæ-

quædam Diocletiani & Maximiniani: cùm fuerint omnes in Codice Hermogeniano. Cujac. *in parat. C. à princ.*

Codicem hunc Theodoſianum, ut & Gregorianum & Hermogenianum haud nunc integrè habemus, eoſque primùm vulgavit Sichardus noſter, quem Ioh. Tillius, aliique inprimis Galli ſunt ſecuti: & extat editio omnium illorum Codicum junctim Lugduni A°. 1593. Ex Codice inprimis Theodoſiano, compilatus ferè eſt Iuſtinianeus: ſed in illo præterquam quod leges multò ſunt auctiores, plenioreſque & non paucæ etiam integræ, tanquam in ipſo fonte ac ipſa origine, invenies etiam propemodum infinitas, quas omninò in noſtris ingentibus voluminibus Iuris non habemus: quæque multorum locorum, tùm in hiſtoriarum Scriptoribus, tùm in aliis veteribus auctoribus, ſenſum, intelligentiamque patefacient; & verborum innumerorum, formularum, atque magnarum ac difficilium alioqui rerum, in quibus torquentur bona Iuriſconſultorum ingenia, copiam ſuppeditabunt, uberemque ſuppellectilem. Nam & illic abundè res fiſci tractantur, in quo genere multum ſudantes, ne docti quidem ſeſe hactenus poſſunt extricare. Ad finem quoque de rebus Eccleſiaſticis decreta, ſtatutaque digniſſima cognitione habentur.

Porrò autem Contius, *in præfat. Cod.* latè ſcribit contra iſtos, quos & nebulones adpellat, qui ex Codice Theodoſiano augent vel emendant Iuſtinianeum. Et Codex Theodoſianus Alarici potiùs, quàm Theodoſii, atque mendoſus valdè dicitur ab Alciato, *2. parerg. 26.* Duar. *d. dot. c. 4.* Alaricus enim Rex Gothorum, ex omnibus Roman. legibus ſelegerat, quod commodum videbatur, nec ſolùm is, ſed & Studioſi plerique ex iiſdem compendiis excerpſerunt, quæ uſui futura exiſtimabant. Unde iſta in veteribus libris varietas eſt nata. Olim ergò tantum Alarici epitome extabat: nunc quidam libri integri ſunt typis repræſentati. De Alarici conatu in legibus Romanis reſtituendis, vid. Cujac. *præfat. in com. ad ſent. Pauli.* ubi mirandum, quod Alaricus non Iuſtiniani, ſed vetuſtiores Legumlationes in epitomen redegerit. Et licet non habeantur loco legis Codices illi: cùm per Iuſtinianum priores Legislationes omnes abolitæ ſint: conferunt tamen ad legum interpretationem: quemadmodum etiam ex hiſtoria veteri leges explicare licet.

Digitized by Google

Et multæ ſanè ſunt, quas abſque ſubſidio auctorum Claſſicorum vix ullus intelligere poteſt, & hinc ſæpè ac ridiculè hallucinatur gloſſa, non ingenii, vel ſolidiſſimæ omnium Legum cognitionis defectu: ſed propter ignorationem antiquitatis. Idemque dicendum eſt de Fragmentis Ulpiani, de Sententiis receptis Pauli, &c.

Caput IV.

De Juſtiniano Imperatore.

Nunc paucis de Iuſtiniani legislatione, ejuſque partibus agam; ſed priùs de ipſo Iuſtiniano, aliiſque, quibus uſus eſt, pauca proponere lubet.

Iuſtiniani vitam eleganti Oratione Giphanius eſt complexus, quæ edita eſt cum ejuſdem Commentariis ad Inſtitutiones.

An autem ille fuerit imprudens, ſtupidus, ſocordis ingenii, ac quovis ἀναλφαβήτῳ, ſeu elementario puero imperitior, quod multi volunt, ac Suidas etiam prodit, & Valla pro more pluribus exaggeravit, diſquiſivi *in meis prolegomenis ad pandectas quaeſt. 12.* Sanè Suidas, qui diligentiâ ſuâ incomparabili, multa nobis, quæ alias ignorarentur, conſervavit: in hoc tamen nominis vicinitate deceptus fuit. Talis enim erat Iuſtinus, Iuſtiniani avunculus, & in Imperio anteceſſor, de quo Procopius ita ſcribit *in hiſtoria arcana fol. 28.* Iuſtinum, militibus ab Anaſtaſio principe præfectum, eaque præfecturâ fretum, Imperium capiviſſe, ſenem jam licet capularem, & quod Romanis ante hac non evenit, adeò literarum expertem, & quod dicitur, analphabeton, ut cùm ſui ſoleat nominis apices, libellis indere Princeps, cum quid imperat faciundum; ipſe neque imperare, neq; compos eſſe poſſet rerum gerendarum, ſed Proclus, qui officio Quæſtoris fungebatur, eique aſſidebat, omnia faceret pro arbitrio. Verùm ut aliquod Imperatoris manûs extaret argumentum, à Magiſtratu, qui id muneris habet, excogitatum hoc eſt: Tabellæ ligneæ perpolitæ formam quatuor literarum, quæ legi latinè poſſent, incidendam curant, eâque libello impoſitâ, calamus colore imbutus, quo ſcribere mos eſt Imperatoribus, huic Principi tradebatur in manum, quam alii prehenſantes ducebant, circumagebantque calamum per quatuor illas literarum formas,

Digitized by Google

formas, nempe ſingulas Tabellæ inciſuras; atque ita demum iis ab Imperatore literis reportatis, recedebant. Is quidem Romanis erat Juſtinus. Conjux verò, cui nomen Lupicinæ fuit, ſerva, eaque barbara, ſui pellex emptoris Juſtini, & ad uſque vitæ exitum Imperii ſocia. Neque malo ſubjectis; neque bono eſſe Juſtinus quidem potuit, inſignis homo ſtoliditatis, ſumma cum infantia, ſummaque cum ruſticitate conjunctæ.

Idem, ſed modeſtius ſcribit ille *lib. 1. bell. Vandal.* Nondum ad Imperii adminiſtrationem acceſſerat Juſtinianus, eam tamen ſumma exercebat auctoritate: quod Juſtinus avunculus Imp. exactâ jam eſſet ætate, & Reip. gerendæ, haut omninò peritus.

De Juſtiniano verò noſtro, in vulgatis Procopius, ita ait: Erat tum in reperiendo, & inveſtigando ingenioſus, tùm ad ea, quæ ſemel decreverat, perpetranda, impiger. Et alibi: ſolitus ipſe, cum libros ſacros pervolitare, tum de rebus & controverſiis Eccleſiaſticis cum Epiſcopis & presbyteris, ſtudioſè conferre, in multam uſque noctem.

Idemque *in hiſt. ſecreta. fol. 63.* Eorum qui ſunt à ſecretis, etſi antiquiſſimum munus eſt, principis arcana ſcribere, conceſſum id tamen illis non fuit: ſed ipſe cum reliqua penè omnia ſcribebat, tùm quæ magiſtrat⁹ municipiorũ, ſententias ferentes, decernere oporteret. Et Procopius *in d. hiſt. ſecreta*, Juſtiniani in rebus agendis peracre ingenium ſæpè laudat. Sed tamen illud in fine ætatis in languorem, ſtuporemque degeneravit: ut videre eſt ex notis eruditiſſimi Alemanni, ad Procop. *hiſt. ſecretam. f. 27.*

Inſuper Iuſtinianum ab hæreſi, & aliis conſimilibus impetitionibus liberare conatur Cornelius à Rynthelen, *in Juriſta ſuo Romano Catholico. ad fin.*

Sed contra Iuſtinianum ex profeſſo hiſtoriam ſcripſit Procopius, quam Secretam indigitavit, ubi de eo talia narrat, quæ ferè de nullo alio Principe literis prodita inveniuntur, eaque ferè cuncta in notis probat Alemannus: quæ ut per omnia probare, ita refutare ex toto forſan nemo poterit.

Ac ut multa de Iuſtiniano malam in partem apud Scriptores ſcripta invenimus: Ita Bodinus *1. d. Rep. 3. num. 17.* Theodoram Imperii faſces marito ſtupido ac illiterato Principi ademiſſe, & cùm omnia beneficia fœminis adverſus maritos tribueret, eas

etiam adulterii pœnâ liberâſſe, *auth. ſed hodie. C. de Adult.* infamiæ notam reliquiſſe: cùm tamen nulla infamiæ pœna legibus irrogari poſſit iis, qui famam proſtitutæ pudicitiæ violarint. Nec deſunt etiam, qui Iuſtinianum, plus æquo Vxorium, Anton. Fab. *8. conject. 11.* & flexum à muliere ſuperba, in quam voluerit partem, dixerunt. P. Gregor. *47. Syntagm 21. num. 2.* idque maximè ex Nov. *8. cap. 1.* colligunt. ubi Imperator conſilii participem in ſanciendis quandoque legibus à Deo ſibi datam Reverendiſſ. Conjugem ſumpſiſſe profitetur. Vindicare nititur Theodoram, Ioh. Zabelius *in diſcurſu Anti-Bodiniano, theſ. 3.* apud Arumæ. *Juris publ. tom. 1. m. f 1068. &c.* Sed & contra eandem multa & talia Procopius enarrat, ut vix credi queant.

Nonnulla tàm de Iuſtiniano, quàm Theodora, quæ Procopius *in hiſt. ſecreta habet*, ad verbum adſcribere placuit, cùm auctor ipſe paucis notus eſſe videatur. Et quidem *fol. 29.* inquit: Iuſtini ſororis filius fuit Iuſtinianus, ætate adhuc junior, & qui ſummam moderatur Imperii, is demum fuit Romanis tot, tantorumque malorum author, quot & quanta audita non ſunt ex omni ſuperiorum ætatum memoria. Facilè prorumpebat in opum alienarum rapinas, in cædes, ſic ut pro nihilo duceret innumeram perdere omnis criminis inſontem multitudinem. Statuta ſervare nequaquam illi animus; contra ſemper rebus ſtudere novis, & uno verbo, benè conſtitutis peſtem importare funeſtiſſimam. *Fol. 30.* Iuſtinianum evitavit nemo Romanorum omnium, qui velut è Cœlo immiſſa pernicies ac labes nullum non infecit, alios nefariè de medio ſuſtulit; aliis vitam dirâ affictandam egeſtate condonans, perditis miſeriores effecit, qui vel crudeliſſimo ſupplicio tantis malis ſolvi cuperent; aliorum demùm nec fortunis parcere, nec vitæ libuit. Non illi ſatis Romanum Imperium evertiſſe; ad ſubjugandam Africam & Italiam vires convertit, ut cum ſubjectis ſibi Provinciis illas etiam gentes unum in exitium deturbaret. *Fol. 36* Mirè ſtolidus fuit, & lento quàm ſimillimus aſino, capiſtro facilè trahendus, cui & aures ſubindè agitarentur. *Fol 37* Corpore neque procero fuit, neque puſillo nimis, ſed quo ſtaturam juſtam non excederet; neque omninò gracili, ſucci moderatè pleno, vultu teriti, nec invenuſto, quippe qui poſt biduam ruberet jejunus; ejus ſpecies, ut verbo ſtatuam, Domitianum Veſpaſiani filium plurimum referebat, cujus morum impro-

probi-

probitatem ſic experti ſunt Romani, ut, neq; poſt laniatum, odium in eum concoxerint, ſed Senatuſconſulto cautum ſit, ne Domitiani nomen titulis conſignatum, vel ſtatua ulla extaret.

Fol. 38. Erat hic homo juxtà malignus, & deceptu facilis; cujuſmodi ingenium fatuum, pravumque appellamus. Nam adeuntibus omnia mente mala, nihil aut re, aut verbis præferebat veri; ipſe nihilominus fraudibus paſſim omnium expoſitus. Inſolente hoc fatuæ, perditæque mentis temperamento is ſanè fuit. Nimirum hoc illud eſt, quod neſcio quis Peripateticorum olim affirmavit, ſicuti in colorũm temperie, ita & hominum natura comparatum eſſe, ut in utrisque maximè contraria conveniant. Ut igitur ſcribam, quæ penitùs diſcernere potui, fuit hic Princeps uſqueadeò veri diſſimulator, ut fraudum tegendarum, & occultandæ animi ſententiæ eſſet abſolutiſſimus artifex. Non lætitiâ, vel dolore illi opus ad lacrymas, arte jam paratas pro opportunitate & occaſione rei præſentis. Mendaciis fallebat, etſi ſemper, non tamen fortuitò, ſed confectis tabulis, datâque verbis religioſiſſimis fide, de quibus eſſet conventum etiam cum ſubditis; tùm verò à conditionibus, & ſacramento recedebat, non ſecùs, ac viliſſima mancipia, quæ perjura, tandem ad conventiones adiguntur parati ſupplicii formidine. Inconſtans amicis fuit, & inimicis inexorabilis. Aurum ardentiſſimè ſitivit & ſanguinem. Contentionum, rerumque novarum ſtudioſiſſimus. Ad ſcelera perfacilè, ad optima nullis ſuaſionibus commoveri poterat. Acer in comminiſcendis, perpetrandisque facinoribus, honeſti verò vel nomen illi inſuave. *Fol. 39.* Prætereà delationes facilimè admiſit, & irrogavit pœnas. Nunquam cognitâ causâ judicavit, ſed audito delatore, actu tum ſententiam tulit, literiſque confectis, temerè decrevit locorum excidia, urbium incendia, populorum direptiones. Quare ſi quis inde à principio repetere caſus Romanorum ſingulos, cumque his velit committere, meâ quidem ſẽtẽtiâ, longè plures inveniet factas ab hoc homine cædes, quàm ex omni anteacto tempore. In privatorum fortunas præcipiti aviditate ferebatur, neque aliquam Iuris ſpeciem prætexuit rapinis bonorum; quæ cùm in ære ſuo fuiſſent, jam nihili ducebat, ſed inſanâ munificentiâ, nullaque ratione effundebat. Et ut paucis abſolvam, neque illi erant pecuniæ, neque ut aliis eſſent, permiſit; quaſi non avaritiâ ſolum eas appeteret, ſed etiam poſſeſſo-

rum

Digitized by Google

ſeſſorum invidiâ. Sic tota Romanorum ditione facilè divitiis exhauſtâ, egeſtatis omnibus author fuit.

Fol. 40. Uxorem is habuit, cujus mox ortum dicam, & educationem, & quomodo huic viro juncta matrimonio, Romanorum funditus evertit Rempublicam. Acadius quidam erat Byzantiis beſtiis, ad amphitheatrales Praſinorum venationes, alendis præfectus, quem vocant Urſarium. Hic Anaſtaſio Principe, morbo periit, tribus fæmellis relictis, Comitona, Theodora & Anaſtaſia: quarum natu major vix ſeptimum annum attigerat. Mater orbata viro, alterius thorum quæſivit, qui ſecum in poſterum, & domeſticam, & ejuſdem muneris curam ſuſciperet. Verùm Aſterius Orcheſtræ Praſinorum magiſter, ab alio pecunia præoccupatus hos excedere officio voluit, æris largitore in locum nullo obice cooptato. Nam iſthæc Orcheſtrarum Magiſtris pro arbitratu diſponere licebat. At mater ubi frequentem populum ad venationes aliquando confluentem vidit, impoſitis puellarum capitibus manibusque coronis, eas publicè ſupplicaturas expoſuit. Quas mater, ut erat quæque viripotens, omnes alioqui forma elegantes immittebat in ſcenam; non quidem ſub idem tempus, ſed ut ſingulæ rei videbantur opportunæ. Comitona natu major inſignis jam inter æquales erat proſtibulas. Theodora, quæ illam ætate proximè ſequebatur, manuleata, ut ſervulæ ſolent, induta tuniculâ, & omnia miniſtravit, humeriſque ſubſellium detulit, cui illa inſideret in circulis. Ut primùm verò ad ætatis florem & maturitatem pervenit, ſcenæ deſtinatur à Matre, ſtatimque inter proſtibulas habetur, quas veteres vocarunt Planipedes. Neque enim Tibicina fuit vel Cantatrix, aut Orcheſtræ habuit uſum, ſed uti quiſque obvius fuit, copiam illi fecit ſuæ pulchritudinis, toto plane corpore. Dein Mimis in Theatro ad omnia ſe præbuit miniſtram, ſociamque ſtudiorum, & ridicularum quarundam fabularum actricem. Nam erat apprimè cum dicacitate faceta; quamobrem ſtatim omnium in ſe convertit oculos, præſertim cum nihil in ea verecundum, nihil aliquando pudens appareret, ſed in quemvis impudicum morem facile prolaberetur. Sic autem erat comparata, ut inflictas alapas tumentibus genis excipiens, lepidè quereretur, ac tùm fusè cachinnos tolleret &c. Quare vitæ ſanioris homines quicunque obviam illam habuiſſent in foro, vitabundi ſe ſubduxerunt, ne ve-

ne veſtium contactu tantum ſcelus in ſe derivatum putaretur. Quin prima luce, quibus in conſpectum veniſſet, habebatur avis infauſta. In mulierculas ejuſdem Theatri, ut ſe truculentius gereret, livida malevolentia uſque ſtimulabatur. Poſthæc cum Pentapolis Præfecto Hecebolo Tyrio in eam provinciam venit, ſcil. illius voluptatibus ſervitura; ſed in viri offenſionem incidens, illinc è veſtigio exturbatur; eoque neceſſariorum egeſtate preſſa, ſibi hæc ſuppeditare cogitur ex conſueta corporis proſtitutione. Alexandriam primùm appellit, Oriente deindè toto peragrato, Byzantium reducitur, eam ubique artem exercens, quam ne nominet quidem, Deum habere qui ſibi propitium velit. Sic certè Dæmones curârunt, ut nullus eſſet Theodorianæ vacuus impudicitiæ locus. Ita naſci & educari hanc fœminam contigit, & multarum fieri meretricum apud omnes mortales longè celeberrimam. Ut verò Byzantium rediit, ingenti ejus amore exarſit Iuſtinianus. Et primò cum ea tanquam amaſia verſabatur, licet ad patriciam dignitatem evecta. Fuit hæc ſtatim Theodoræ (quâ nullum Iuſtiniano delicium erat ſuavius) ad magnam authoritatem, & opes ſanè ingentes via facilis: ita ut ille (quod perditè amantibus uſu venit) omnibus indulgeret amicæ votis, divitiiſque potiundis; qua rerum affluentia amori addebantur faces. Hac ſocia perdendis populis uſus eſt Juſtinianus, non modò Byzantii, ſed ubique locorum Romani Imperii.

Fol. 45. Suſcepêre dominationem Iuſtinianus ac Theodora tertiò ante Feſtum Paſchatis die, quando ſcil. nulli dicere ſalutem vel pacem fas eſt. Paucis poſt diebus, Iuſtinus morbo abſumptus eſt, annis in Principatu novem exactis; ſolusque Juſtinianus imperavit cum Theodora. Hoc loco nata, ſic alta educataque Theodora ad Imperii faſtigium nullo negotio pervenit; quod ejus matrimonii nihil Iuſtinianum puduerit: cui planè copia fuiſſet ex univerſa Romanorum ditione Conjugem ſibi eligere, mulierem præ omnibus nobili natam genere, ſummoque loco educatam, colendo pudori aſſuetam, pudicitiâ inſignem, formâ perquàm elegantiſſimam, corpore virginem, omnibusque, ut dicitur, numeris abſolutam; ipſe tamen commune mortalium dehoneſtamentum ſuum facere maluit: cui neque illa omnia pudori eſſent, neque in amplexus venire fœminæ aliis commacu-

latæ ſceleribus, & tot parricidiis infantium ultrò abortibus egeſtorum. Sanè Juſtiniani ingenio declarando, nihil deeſſe jam reor, quando vel hoc unum Conjugium ejus animi affectus ſatis indicare poſſit, & mores aperire, conteſtarique. Nam qui malè factis admittere dedecus non videtur, neque gravatè fert aliorum ob id execrationem, hic demum nullam interclusam ſibi viam putat ad ſcelera, quin vultum inducens audacem, facilè jam in teterrima quæque ruit flagitia. Nullus ex Senatu, qui Reipubl. videret eam labem inferri, prohibendam cenſuit rem deteſtabilem, jamjam Theodoram, quaſi Deam, veneraturus. Nullus Antiſtitum graviter affici viſus eſt, qui eam Dominam eſſet compellaturus. Et qui pridem in Theatro populi Theodoræ fuerant ſpectatores, ejus ſe tanquam ſervitia ſupinis manibus per dedecus profitebantur. Nec miles eâ re truculentior, ſcil. pro Theodora belli diſcrimen in poſterum aditurus; nemo denique mortalium repugnavit. Quod verò id, uti reor, ita decretum eſſet, conficiendo flagitio omnes conceſsêre: viſaque tum eſt quodammodo fortuna vires oſtentaſſe, quod ita mortalium rebus moderetur, ut opus non ſit aliqua gerendis rebus convenientia, vel ut è conſilio factæ hominibus videantur, quando temeraria potentia repentè ad ſummum ipſa faſtigium poſſit evehere, quod multis habeatur difficultatibus implicatum; nec quicquam rerum omnium ei obviam obſiſtat, ſed obices molita, feratur quò illi cumque conſtitutum eſt; omneſque properanti fortunæ aſſurgant, decedantque viâ. Verùm hæc non niſi ad Dei providentiam facta, dictaque credantur. Erat Theodora venuſtâ facie, & alioqui pergratâ, ſtaturâ brevi, pallore ſuffuſa modico ac temperato, acribus oculis, & huc atque illuc incitato aſpectu.

Fol. 51. In Hæreticorum phanis, ac iis præſertim, in quibus Arii ſecta celebraretur, opes recondebantur planè ſuprà quàm credibile cuiquam ſit. Neque enim Senatus univerſus, aut alia Romani præcipua pars Imperii, de divitiis, cum his delubris conferri poteſt. Nam iis omnibus erat ſacra ſuppellex ex auro, argentoque, pretioſis lapidibus, omni opulentia & copia major; domus & pagi refertiſſima, poſſeſſiones ubique gentium, & ſi quid aliud eſt mortalibus opum genus, utpote quibus nemo Principum aliquando moleſtiam intuliſſet. Quin & multis rectæ ſententiæ hominibus per occaſionem artis & inſtituti neceſſaria

ad vi-

Digitized by Google

ad vitam inde ſuppeditata ſunt. Horum ergò Templorum publicata bona prædæ fuerunt Juſtiniano Auguſto.

Fol. 57. Certè Juſtiniani matrem nonnullis ex neceſſariis narraſſe ferunt, hunc non Sabbatii Conjugis, aut hominum cujuſpiam eſſe ſobolem; ſed eo gravida antequam eſſet, quandam Genii ſpeciem ad ſe ventitaſſe, quæ non ad viſum, ſed ad contactum ſe præberet, accubaretque ſibi, & quaſi maritus ſe Conjugem iniret, denique veluti per inſomnium evaneſceret. Quidam à Cubiculis, quib' purior eſſet animus, dum nocte concubia Juſtiniano præſtò erant, ſibi viſi ſunt inſolentem pro illo Genii larvam videre. Ex his alter affirmabat, repentè Juſtinianum regia ſella excitum obambulatum ire (nam conſidere diutiùs nunquam conſueverat) tùm capite illi ſubitò in auras reſoluto, reliquo corpore illas conficere deambulationes; ſe verò ea re ſtupente, hærenteque diu, & ſuis tanquam infirmis, & minimè ad viſum fidelibus oculis ſuccenſente, tandem inopinatò ad corporis compagem caput rediiſſe. Alter adſtare ſe Juſtiniano ſedenti commemorabat, cui facies illicò in carnem vertebatur informem, nullis ſuperciliorum, nullis oculorum extantibus ſuo loco veſtigiis, nullâ denique verâ imagine; nec diu poſt quædam ſubmitti ſimulacra vultus, conſpexiſſe. Scribo non quæ ego viderim, ſed quæ vidiſſe ſe alii mihi ſeriò affirmarint. Illud quoque narrant, Monachum Deo inſigniter gratum, perſuaſum ab his, qui ſecum idem colerent ſolitudinis contubernium, veniſſe Byzantium, cauſam acturum gentium finitimarum, quibus per vim ac nefas erant rès afflictiſſimæ. Eò ubi pervenit, facilem ad Imperatorem aditum reperiſſe, ſed ut ad illum penetrandum fuit, è limine actutum retuliſſe pedem, ac retrorſum prima via redeuntem, ab Eunucho admiſſionali, atque aſtantibus magnoperè rogatum, ut ultra ire pergeret; illum veſano ſimilem nihil reſpondentem, ad contubernii ſe inde tugurium ſurripuiſſe: Sociis verò facti cauſam quæritantibus, apertè faſſum, in Regia Dæmonum Principem reſidentem in ſolio vidiſſe, quem nec adire, nec rogare quicquam eſſet animus. Equidem neſcio cui non dirum, & furiale caput is videretur, qui licet Veneris perditè ſtudioſus, nunquàm potus, cibi, vel ſomni ſe expleverit ſatietate; ſed utcunque deguſtatis ferculis intempeſta nocte regiam obambularet. De Theodora, cùm adhuc erat in ſcena, ejus amaſii ferunt,

nocturnos lemures in fornicem irrumpentes, inde ſe abegiſſe, ubi multam noctem cum illa traherent.

Fol. 59. Iuſtinianus iis licet moribus eſſet, omnibus tamen ita ſe præbuit in congreſſu facilem, ac lenem, ut neminem acciderit ejus aditu prohiberi, nec unquam ægrè ipſe tulerit, ſi quis indecorè apud ſe vel ſtaret, vel loqueretur. Nihil commovebatur exitio, quod aliis pararet. In infeſtos nunquam iracundia, nedum ira concitari viſus eſt; ſed fronte placida, demiſſo ſupercilio, ſubmiſsâ voce imperabat infinitæ innoxiorum hominum multitudinis internecionem, devaſtationes Urbium, bonorum publicationes, ex quo quidem habitu manſuetiſſimum hominis ingenium interpretarere. Si quis autem ejus implorare clementiam ſupplex niteretur, miſerèque afflictis patrocinari, tum enim verò turbari ac ringere, iraque tumeſcere in ſubditorum caput.

Fol. 61. Odia exercuit pertinacia & implacabilia, cum amicis nulla conſtantia. Certè ſui ſtudioſorum longè plurimos necavit; nullius verò, quem aliquando odiſſet, redivit in amicitiam. Qui inter notos, ſibique perneceſſarios haberentur, hos Conjugi, aut cuilibet gratificans, mactandos non multò poſt tradidit, quos ſolo erga ſe benevolentiæ nomine perituros haud ignoraret. Denique fuit Juſtinianus nulla in re ſtabilis, præterquàm crudelitate, ſtudioque pecuniæ, à quibus nullus eum cohibere unquam potuit. Theodora certè Conjux, ſi quando illum non haberet obſequentem, injectâ ſpe magnarum ex negotiis pecuniarum, tandem invitum ducbabat, quò ipſa cumque vellet. Nam non eſt veritus & leges ferre, & quas tuliſſet, refigere, dummodo turpi lucro eſſet: neque ad eas, quas ſcripſit Conſtitutiones, exegit Judicia, ſed ad quas trahebatur pecunias, ſeu luculentiores viſas, ſive promiſſas munificentius.

Fol. 62. Familiares, quibus dediſſet aliquod negotium, ſi hos, qui ſibi incidiſſent in manus, confertim profligaſſent, & magnam abſtraxiſſent auri vim, hi Cæſari videbantur, erantque probati, ut qui abſolutiſſimè imperata feciſſent; qui verò abſtinuiſſent aliorum injuriis, in hos poſt reditum odio erat hoſtili, pertæſusque illorum mores antiquos, & ignavum ingenium, haud vocabat in poſterum ad provincias gerendas; ob idque nonnulli affectarunt apud illum opinionem improbitatis, à qua planè moribus, vitaque abhorrerent. *Fol. 64.*

Fol. 64. Sæpiſſimè factum eſt, ut quæ Senatus, quæve Cæſar de eadem re decreviſſent, in contrarium caderent; nam fuit Senatus inane quoddam ſimulacrum, penes quem neque ſententiæ dicendæ, neque tuendi honeſti arbitrium eſſet: ſed conſeſſum impleret ad ſpeciem quandam, & ex priſca lege, ac nemini planè mutire liceret, ſed ea, de quibus conſulendum eſſet, Imperator ac Theodora ſibi ſumerent, & quæ apud ſe ipſi ſtatuiſſent, hæc obtinerent.

Fol. 65. Ita nullus ſtabat ordine, ſed quacunque liberet, per devia vagabatur: omnia deformata munia, ne integris quidem nominibus erat Reſpublica quaſi laſcivientium puerorum Regina.

Fol. 67. Apud Auguſtam ſerò ac difficilè Summatibus ipſis aditus patebat, qui tanquam mancipia gregatim ſingulis diebus in anguſto & æſtuoſo cubiculo aſſidebant, ne abſentes graviter periclitarentur. Aſtabant verò ſummis pedibus innixi, erectis cervicibus, extante facie, ut egredientibus eunuchis eſſent conſpicui. Accerſebantur autem certi quidam, iique vix, & diebus poſt multis. Ad illam ingreſſi perpavidi ſtatim ſe ſubducebant, eam venerati duntaxat ſummisque labiis utrumque pedem oſculati. Nam loqui, vel aliquid petere, nemo injuſſus audebat. Degeneraverat in ſervilem hanc adulationem Senatus Theodorâ magiſtrâ; Romanumque Imperium deformabatur, partim levitate Tyranni, qua nihil firmum erat, partim difficili Theodoræ protervia, quæ peragendis rebus officeret.

Fol. 80. Ego certè univerſas animo regiones complectens, quas habitatoribus ille deſolatum ivit, dico à ſtirpe periiſſe hominum ducenties decies centena millia. Nam quæ longè latéque patet, Africam ſic devaſtavit, ut difficile ſit, immòdictu mirabile, poſt multorum ibi dierum viam, obvium habere quenquam. Ex Vandalis enim qui arma tractarent, ad centum ſexaginta millia hic degebant; puerorum verò, mulierum, ac ſervitiorum quis numerum dicat? quis Africanorum veterum] indigenarum, qui Urbes, qui agros colerent, qui maritimam mercaturam facerent? quorum ego infinitam vim longo tempore præſens contemplatus ſum. His omnibus longè plures erant Mauritani, qui populatim cum uxoribus, ac liberis interiêre. Hic etiam pars magna exercitus Romani, & qui ejus ſigna ſecuti ſunt, exte-

Digitized by Google

rorum occubuit. Quare haud ſcio, an ſatis conveniat numerus, ſi quis affirmet in Africa quinquies decies centena hominum millia deleta.

Repetere hîc lubet, quod habet Tacitus, *mox ab initio Annal. lib. 1.* Tiberii, Caiique, & Claudii ac Neronis res, florentibus ipſis, ob metum falſas: poſtquàm occiderant, recentibus odiis compoſitas fuiſſe. Et ſunt certè hiſtoriæ præſentium rerum, plerunque invidioſæ, ac rarò omni ex parte veræ. Paſſim item in ipſo Procopio deprehendere licet veſtigia gentilitatis, & nimii amoris Reipublicæ priſcæ, quam Juſtinian. maximè immutavit. Fuitque Procopius hic non abſimilis Zoſimo, qui eâdem ferè audaciâ invehit in Conſtantinum Magnum, ac magis in Chriſtianam Religionem, quæ Aulico-politicis, tempore extirpati paganiſmi inviſa fuit: ut quoque ex Symmacho apparet; qui tamen eam rem magis modeſtè egit. Nuper etiam Juſtiniani Imperatoris defenſionem adverſus Procopium, & ejus Commentatorem Alemannum, ex profeſſo ſuſcepit Thomas Rivius, JC. ac Regis in Anglia Advocatus. Verùm Alemannus, ac item illuſtriſſimus Annalium Eccleſiaſticorum ſcriptor, carpunt in Juſtiniano ferè, quæ in Henrico IV. & aliis Principibus conſimilis moris; quod Eccleſiam cum Aula dum copulant impari nexu, eam in miſeram ferè redigunt ſervitutem,

Conſtat denique, Juſtinianum, librum de incarnatione Chriſti ſcripſiſſe: ſed hunc pium & elegantiſſimum fuiſſe, cum Dn. Eraſmo Ungepaur. *in præfat. exercit.* dicere non auſim. Hilarius enim Pictavorum Epiſcopus, *explanation. Pſal. 68.* ſententias aliquot ex illo libello refert, quibus Juſtinianus innuere videtur, humanitatem Chriſti ſuapte naturâ fuiſſe doloris ac miſeriæ expertem; famem verò, ſitim, mœrorem, timorem, cæteraſque animi & corporis infirmitates, non fuiſſe illi naturales, ſed ultrò aſſumptas, noſtri gratiâ. Sixt. Senenſ. *lib. 5. Biblioth. annotat. 186.* Huicque dogmati, vicino errori Eutychiano, adhæſiſſe Juſtinianum, Evagrius teſtatur. *hiſtor. Eccleſ. cap. 39.* & ei Sacerdotes paſſim coegiſſe aſſentire. Ac culpatur Imp. hicce ab hiſtoricis multis, quod ex ſuo ſenſu, ſub ſpecie ſanctitatis & Religionis amore, alios voluerit ſentire de articulis fidei Chriſtianæ: nullo habito antiquitatis & Eccleſiæ reſpectu, v. Alemann. *in notis ad Procop. fol. 86. & ſeq.* quod ferè facit, ut hæreſes novæ enaſcantur. Juſti-

Juſtinianus inter præcipuos, quorum operâ Jus noſtrum compilatum eſt, adhibuit Tribonianum, Pamphilum natione. Is Imp. Juſtiniani Paredrus fuit: quem Magiſtratum Romani Quæſtorem, Latini Jureconſultum vocant. Vir erat moribus & artium omnium diſciplinâ nulli ſecundus. Iuſtum ſectabatur lucrum: ſingulis diebus leges aliquas aut antiquabat aut condebat, ut ex uſu eſſe videbat. Ingenio ita miti & manſueto fuit, ut nihil à quoquam ingratiis ſit paſſus. Iisque moribus ac doctrina ſingulari unicus eum avaritiæ morbus obſcurabat. Hæc Procop. *lib. de bello Perſic. 1.* Sed & ille à multis nimium culpatur, ut partim docui *in præcognitis ad lib. 1. ff. tit. 1.* ac quoque Procopii, ut & Alemanni hac de re teſtimonia videre licet, quæ Indices monſtrant.

Caput V.
De Libris Legalibus Juſtiniani.

Nunc ad libros Juſtinianeos accedam, inter quos primùm occurrunt Inſtitutiones: quæ quidem editæ ſunt A. 7. Imperii Juſtiniani, eo 3. Conſule, x 1. Kal. Decembr. ante *ff. & Cod. repetitæ prælect.* & totius legitimæ ſcientiæ compendium indigitantur. *in proœm. Inſtit. §. 4.* Unde & vulgari olim proverbio jactitatum fuit: Bonus Inſtitutiſta, dimidius Iuriſta. Haſque juris ſeu Legis obtinere auctoritatem, dubitandum non eſt, cum *in eod. proœm. §. 6.* pleniſſimum Conſtitutionum robur eis accommodârit Iuſtinianus. Certè in Inſtitutionibus indicatur ſæpè nonnihil, quod in Codice ſit, & ad Codicem de eo remittitur, quod nunc in Codice non apparet: quæ nihilominus jus facere videntur. *arg. l. ult. C. de her. inſtit.* ibi: *Quam conſtitutionem in ſuo robore permanere cenſemus: cùm etiam in noſtris Inſtitutionibus tenor ejus à nobis ſit relatus.* Sive jam caſu perierint illa, de Codice ſecundo, ſive brevitatis cauſâ fuerint omiſſa. Et verò illa, quæ in Inſtitutionibus relata, nec alibi uſquam apparent, per proprium indicem Cujacius expoſuit, *in poſterioribus ad Inſtit. notis* & fruſtra dubitatur, an retinenda & ſequenda ſient. Alb. Gentil. *de lib. Jur. civil. cap. 5.* Non audiendi ergò ſunt illi, qui dicunt: In Inſtitutionibus quædam Tyronibus juris proponi, quæ hiſtoricè duntaxat referuntur, in Pandectis verò improbentur. Hunnius *d. Interpr. Jur. lib. 2. cap. 4. quæſt. 2.*

Fate-

Digitized by Google

Fatetur autem Juſtinianus *in proœm. ſæpè d. §. 6.* Inſtitutiones haſce ſuas, compoſitas eſſe ex Inſtitutionibus, aliiſque commentariis Caji, quorum libri 2. extant. Sed ab Aniano Alarici Conſiliario epitomati. Veruntamen, teſte Cujac. *in præfat. ad Cod. Theodoſ.* reſtant inter lateres Aniani malè coctos, adhuc lapilli quidam, è quibus velut è culmo fruges, quanti momenti, ponderis, & artificii fuerint Caji Inſtitutiones, licet æſtimare.

Sed extat *Græca Paraphraſis* Inſtitutionum Iuſtiniani Imperatoris, *Theophili Anteceſſoris*, non illius, cujus operâ uſus eſt Iuſtinianus in compoſitione Inſtitutionum *in proœm. §. 3.* Sed recentioris, qui in gratiam ſuorum Græcorum, pleraque latius explicat. Eſtque docendi modus, quem Theophilus obſervat idem ille, quem Themiſtius in Phyſicis Ariſtotelis, & Andronicus Rhodius in Ethicis ejuſdem explicandis tradiderunt, & qui tùm apud Græcos uſitatus erat: facilis nempe & familiaris. Et quidem Theophilus cum nomen aliquod Iuris Civilis vel principaliter in diſceptationem venit, vel obiter in re tractanda incidit, nec ſatis apertam habet ſignificationem: mirum quàm brevi, quàm plana, quàm commoda definitione id explicet. Quin etiam in pleriſque eò deſcendit, ut quare in definiendo quicquam adjectum ſit, exequi non gravetur. Quod ſi quando non verba, ſed res ipſæ (uti ſæpè fit) obſcuritate aliquâ laborant, eas ὡς ἐπὶ θέματος, id eſt, exemplis quibuſdam pro tempore confictis, (caſus nunc vulgò vocant) tam aptè, tamque apertè declarat, ut quamvis teneras diſcentium aures, quamvis rudes adoleſcentulûm animos facilè ſubire poſſint. Deinde ubi per medias Iuris Regulas eſſe eundum videt, antequam ad ea venit, quæ propria ſunt ejus diſputationis, προθεωρίαις quibuſdam (ſic enim ab eo vocantur) diſcentis animum præparat atque inſtruit: ne quùm illuc venerit, aut ille velut in tenebris oberrans ad multa offendat, nihil videat, aut ipſe ſeriem rerum, ſi tunc demùm docere velit, ſolvere ac ſcindere cogatur.

Meminit hujus Paraphraſeos Politianus, *cap. 84. miſcell.* ubi de Iuſtinianeis Inſtitutionibus loquens ait: Græcè ſcriptæ ſub eodem prorſus intellectu reperiuntur: niſi quod ritus quidam, conſuetudineſque veteres Romanorum, uberius aliquantò, & latius in Græco quàm in Latino Codice referantur: ut peregrinis hominibus atque à Romanorum more, conſuetudineque alienis, res tota penitus innoteſceret. Sequun-

Sequuntur Digeſta, edita eodem, quo Inſtitutiones, anno, 17. Kal. Ian. *l. 2. Cod. d. vet. Jur. enuc.* Ex cur pandectæ, cur item Digeſta vocentur, cur in 7. cur item in tres partes ſint diviſæ; & alia huc ſpectantia, jam propoſui *in præcognitis miſcell. ff. quaſt. 1. 2. 3. 4. 5.*

Poſt Pandectas autem compoſitas à Iuſtiniano, annis pluſquam trecentis, Baſilius Macedo Imperator Conſtantinopolitanus, ac rurſus eo mortuo, Imperator Leo Philoſophus, ipſius filius, Pandectis Iuſtinianeis non contenti, novas & ipſi Pandectas fabricati ſunt, ſexaginta libris diſtinctas: quas alii Βασιλικῶν libros, ex Baſilii nomine, aut quaſi Regios appellarunt: v. Dn. Lindeman. *hiſt. Jur. theſ. 368.* A quo tempore Pandectæ Iuſtinianeæ contemptæ, annos amplius ducentos in ſitu ac tenebris jacuerunt, uſque ad Lotharii Saxonis, Imperatoris Romano-Germanici ætatem.

Cæterùm in Baſilicis iſtis Pandectis otioſa & ſupervacanea, atque inutilia multa ſcripta fuiſſe, quæ verò maximè neceſſaria fuerint, prætermiſſa eſſe, Harmenopulus expreſsè profitetur. Illud certum eſt, Baſilicos iſtos libros, etſi in Orientali Imperio aliquandiu viguerint, maximæque authoritatis fuerint, Pandectis Juſtiniani penitus contemptis ac ſuppreſſis; In Occidentali tamen Imperio, à quo nunquam fuerunt recepti aut probati, publicam juris authoritatem nunquam obtinuiſſe: quin imò Pandectis Iuſtinianeis reſtitutis, omnem ubivis authoritatem perdiderunt. Quocirca illos nec hodie, tanquam authenticos allegari poſſe exiſtimo: quanquam nonnulli arbitrentur, eos, quamvis ad emendandum, interpolandum, corrigendum & decidendum, ſine aliis gravioribus, & quidem urgentiſſimis adminiculis non conducant; plurimum tamen ad illuſtrandum & interpretandum prodeſſe. Hunnius, *d. interpr. lib. 2. cap. 2. quaſt. 6. fol. 201.* videndus etiam eſt de auctorit. Baſilic & Nomocanonis Cujac. *in obſerv. 6. cap 9.* & addendus Alb. Gentil. *de lib. Jur. Civil. cap. 6. fol. 44. &c.*

Verùm tres ſunt hodie editiones Pandectarum, de quibus latè Alb Gentil. *d. lib. Jur. civil. c. 2. & ſeq.* agit.

1. Vulgata, quæ ſemper in manibus, nec tamen ubique eadem omnibus fuit: ſed varia planè. Et inde in veterum gloſſis, frequentiſſimè legimus, de alia atque alia loci ejuſdem lectione,

Digitized by Google

ſecundùm alios atque alios libros. Imò etiam tituli, & eorum initia variant aliquo modo.

2. Editio Norica eſt, quam Gregorius Haloander procuravit paulò ante editam Florentinam. Et illa Norica confecta eſt ex libris Bolognini, qui ex libris Politiani manârunt, emendatis ad exemplar Florentinum. Ant. Auguſt. *cap. 1. & 3. lib. 3. & cap. 16. lib. 4.* Haloander enim Pandectas Florentinas non vidit. Et ita diſſidet Haloandri editio in multis à Florentina, cum Politianus non ſemper conſuluerit diligentiſſimè Florentinam, nec Bologninus de Politiano probè deſcripſit cuncta. Manus quælibet addit vitia ſua.

Editio Florentina, prodiit An. 1553. & citatur quandoque in Gloſſis, ſub nomine Piſanarum Pandectarum. Quoniam Piſis olim erant, & primò Melfſis, antequam cum ipſa urbe Piſarum, veniſſet in Florentinorum poteſtatem. Ant. Auguſt. *1. emend. 3. & lib. 3. cap. 3.* Politianus quidem *in Epiſt.* non dubitat, ſcriptas eſſe haſce Pand. tempore Juſtiniani.

Cujus contrarium firmiter docent Ant. Auguſt. *in princ. emendationum.* Duar. *2. diſp. 9. & 15. ac etiam alii.* Sed tamen multi cenſent, ab illa editione Florentina alias omnes emanâſſe. Gentil. *d. cap. 2. ad fin.*

Sed de editione & Scriptura Florentina, egi ego *in præcognitis ff. quæſt. 14.* & videnda eſt præfatio Taurelli ipſi edit. Flor. præfixa & Ruſſardi *præfat. ad ff.*

Codex demùm noſter ſuccedat, qui duplex; primus & repetitæ prælectionis: ille editus eſt ante alias Juris Iuſtinianei partes, Anno nempe 3. Imperii ejuſdem circa A. C. 532. hic verò Anno 7. poſt Inſtitut. & ff. quem Iuſtin. *Nov. 19.* Codicem ſui cognominis adpellat. Isque vocatur repetitæ, *id eſt*, ſecundò editæ prælectionis: quia à viris ſapientibus conſcriptus, Iuſtinianoque prælectus fuit, *Conſt. de Juſt. Cod. confir. §. 2. & arg. conſt. d. conf. ff. §. 11.* Unde nata eſt quæſtio illa, an Codex iis quid decerpat? de qua Bolognet. *ad rubr. ſolut. matrim.* & ego *in præcogn. ad ff. quæſt. 10.* Ac magis eſt, ut Ius Iuſtinianeum, Novellis exceptis, omni ex parte, ſaltem intentione, pro Iure ſibi invicem probè conſonante accipiamus.

In hoc autem Codice multa deſiderari dicuntur: non enim ejus habemus certum exemplar, ut Digeſtorum. Et de ſe Contius,

tius, *in præfat. ff.* ſcribit: *Codicem ſanè pluſquam centum quinquaginta Græcis conſtitutionibus ſupplevimus*, & poſtea aliæ à Cujacio aliiſque additæ fuerunt, Et forſan quia Græcè conſcriptæ erant, non eas Latini ſuis tranſcriptionibus inſeruerunt. v. Cujac. *18. obſ. 6. cap. 38.* Nam olim Græca quæ ſunt, in Italia nec legi potuerunt. Sed nec tamen quæ nunc additæ conſpiciuntur, Græcæ vel ex Græcis translatæ Conſtitutiones, & quæ ex Baſilicis, aliundeque ſunt deſumptæ, juris habent auctoritatem: nec certum eſt, eas eſſe, quæ antea ibi erant. Alb. Gentil. *d. lib. Jur. Civil. cap. 6.* qui benè addit, eas nunc Conſtitutiones jus eſſe, quas uſus ſuſcepit, & adprobavit longus: quæ nempe à gloſſographis vetuſtioribus agnitæ fuerunt.

Sed ſunt in Codice particulæ quædam, paſſim debitis locis inſertæ, Authenticæ vulgò dictæ & (1) quædam juſſu Imp. Friderici, Bald. *in prælud. feud.* & adparet hoc *ex auth. habita. C. ne fil. pro patre.* Aliæ (2) adhuc plures, quæ ex volumine Novellarum ab Irnerio ſeu Wernero JC. deſumptæ, & ad notandam mutationem Iuris Codicis, per Epitomen ibi poſitæ fuere. Quæ legis auctoritatem habent, niſi ubi diſſonant à fonte. v. Gentil. *d. cap. 6. fol. 46.* Hunnium, *d. lib. 2. cap. 3. quæſt. 3.* Quamvis omnes & ſingulæ à vetuſtate, & quod à doctoribus citantur, magnam habeant auctoritatem. Gentil. *cap. 7. fol. 65.* & ita in foro magis, quàm originale attendantur.

Nunc agendum eſt de Novellis. Et tales etiam Codici Theodoſiano ſunt junctæ; & nunc abolitæ prorſus. Earum autem, quæ vulgò ita dicuntur, quædam ſunt Iuſtini patris, utique ante omne Iuſtinianeum Ius, cui etiam tanquam poſteriori cedere dicuntur. Gentil. *h. c. 1. ad fin.* maximè cùm collectio Novellarum non fuerit facta à Iuſtiniano; Sed ſit farrago, ſine arte & Methodo congeſta. Veruntamen quin reliquæ juris habeant auctoritatem, & à Iuſtiniano ſint conſcriptæ, dubitari non debet. Hunnius, *c. 5.* Gentil. *c. 6.*

Et vocatur illud opus, recentiori quidem vocabulo ideò Authenticum, quaſi auctoratum. Cicer. *epiſt. ad Attic. lib. 9. & 10.* Alciat. *2. parerg. c. 46. & fac. l. Pompon. ſcribit. 8. ff. fam. erciſc.* Communiter quæ gloſſatæ habentur, ac ita uſu receptæ ſunt, & nos ligant, numero ſunt 98. Dividitur autem illud opus in Col-

lationes, diviſione recentiori. Sed adhuc aliquas deſiderari, conſtat, & etiam plures nunc quàm olim extant.

Illud autem diſquiri ſolet; cùm Conſtitutiones iſtæ à Iuſtiniano primum Græcè fuerint conſcriptæ, ab Interpretibus verò in Latinum verſæ ac translatæ, adeoque textus Latinus per ſe non videatur eſſe authenticus, nec juris habere authoritatem; ſi circa intellectum iſtarum Novellarũ dubitatio aliqua occurreret, num ad textum Græcum, tanquam ipſum fontem, ſit recurrendum, exindeque de vero Novellæ ſenſu judicandum?

Verùm cùm non Iuſtinianus, ſed receptio ejuſdem juris, nos liget, & illius profeſſio vetuſtiſſima in Scholis: ſequitur exemplar hìc in parte, plus valere, quàm ipſum originale.

Cæterùm cùm variæ ac diverſæ Novellarum extent verſiones, ex omnibus optima judicatur vulgaris, de qua Cujacius ſcribit, ſe credere authorem ejus Interpretem Græcum fuiſſe, qui non multò poſt editionem Novellarum Occidenti Latinam verſionem donarit: atque hanc vulgarem verſionem præ cæteris commendant etiam Contius & Charondas.

Et quidem vetuſtas illius verſionis exinde pateſcit, quia pleraque ex eâ S. Gregorius in Epiſtolis refert. Cujac. *4. obſ. 38. & lib. 8. cap. ult.* Gregorius autem non longè vixit poſt Iuſtinianum. Probabile etiam eſt, veterem interpretem ex alio exemplari Græco feciſſe ſuam interpretationem, & quidem ex perfectiori, quàm quod nunc extat. Ut & de veteri Ariſtotelis politicorum verſione Victorius *epiſt. ad lectorem* tradit, illam eſſe ſupra Græcum textum, qui nunc in manibus eſt, illorum librorum. Ita ut vel etiam ex hâc ratione dubitari queat, an ad Græcum ſemper ſit recurrendum. Gentil. *d. cap. 7.*

Græcum Novellarum exemplar edidit Haloander, & novam verſionem paravit: eamque neceſſariam judicavit, dum *in præfat.* ita ſcribit: Prodeat obſecro, qui volet, antequam editionem noſtram inſpiciat, qui certo ſe intellectu per omnia Novellarum Conſtitutionum ſententiam tenuiſſe profiteatur. Nam ex vulgatis, ut vocant, Authenticis id impoſſibile eſſe, & doctiſſimorum Virorum confirmant judicia, & communis firmè teſtatur opinio.

Extat & editio Græca Henn. Scrimgeri, ex qua poſt Duar. Ruſſardus, Haloandrinam correxit: & inſeruit ſuæ editioni Cor-

poris

poris Iuris. Sequutus eſt Scrimgerus exemplum Veneti libri, Beſſarionis Cardinalis, & multas adjecit Conſtitutiones. Hancque editionem interpretatus eſt Ant. Contius, ut & Henricus Agylæus.

Sed addere lubet Encomium Novellarum, quod Haloander habet *in præfat.* Iuſtiniani Sacratiſſimi Principis νεαρὰς, hoc eſt, Novellas Conſtitutiones, quot extant, & ut extant, meritò aliquis Civilium legum colophonem & columnam appellaverit, ut quæ ſolæ reliquo Iuri Civili authoritatem addant, ſolæ detrahant, ſolæ novam formam & normam attribuant. Siquidem pro varietate incidentium rerum, & novis ac melioribus æquitatis rationibus emergentibus, multa in hoc opere abrogantur, quæ prius reſponſa aut ſancita fuerant: multa authoritatem recipiunt, quæ in prioribus compoſitionibus vel temerè omiſſa, vel de induſtria rejecta erant: multa in novum coacta ſunt ordinem, multa ad clariorem revocata intellectum: multa, quæ pugnantiæ in aliis ſpeciem præ ſe ferre videbantur, ad concordiam reducta. Ne interim dicamus, quàm multa, imò innumera, noviter & ſubtiliter paſſim decidantur, quæ nullis antea comprehenſa & determinata ſunt legibus.

Sed eſt adhuc alia editio Novellarum Latina, Iuliani Anteceſſoris ſeu Iuris præceptoris, Conſtantinopolitani, qui Novellas Conſtitutiones Latinas fecit, & præmiis ac perorationibus ſingulorum capitum ſublatis, ſententiam paucis verbis explicat dilucidè, quem vixiſſe ajunt, non longè à Iuſtiniani ævo. Extat opus hoc Iuliani ex edit. Ant. Auguſtini Epiſc. Ilerdenſis, qui *in præfat.* ita de ſuo Iuliano ſcribit: uſum fuiſſe hoc libro Irnerium, Bulgarum, Azonem, Ioannem, Accurſium, & cæteros Interpretes non Iuliani nomine, ſed Novellæ, certiſſimum eſt. Sed cùm eodem tempore haberent ineptam illam κατὰ πόδα interpretationem τῶν Νεαρῶν, hoc eſt, Novellarum conſtitutionum, eam huic libro præferentes, Authenticorum nomine exornârunt. add. Alciat. *2. parerg. c.46.* Ita Novellarum nomen, quod vetuſtiſſimum eſt, & à pluribus Imperatoribus poſt Theodoſianum Codicem editum, uſurpatum; & quo Iuſtinianus ipſe utitur frequentiùs in his eiſdem legibus appellandis, uſurpari deſiit, & Authenticorum frequentari.

Digitized by Google

Hæc verò epitoma Iuliani, Ius non eſt, etſi valdè probetur; adeò ut antiquiores quidam voluerint, jus eſſe. Gentil. *c.6.f.55.*

CAPUT VI.

De Jure Græco poſt Juſtinianum.

Sequuntur Novellæ Leonis. Eas autem jus non facere, patet ex eo, quod nunquam in Germania receptæ fuerunt. Sanè Imperiò Romanô in Orientale & Occidentale divisô, Leo Imperator Philoſophus præfuit duntaxat Orientali, & ideò Conſtitutiones ipſius extra Imperii Orientalis terminos, in Imperio Occidentali, ſeu Germanico Romano, nec viguerunt unquam, nec receptæ fuerunt & frequentatæ.

Quin & Cujac. eas, nec ipſo vivo Leone valuiſſe, tradit *17. obſ. c.31.* Certè Leo Imperator, utpote magnus Philoſophus, fiduciâ Philoſophiæ atque ingenii, multa temerè vel audacter correxit ac mutavit, & ob id Novellæ ipſius Conſtitutiones planè nunquam fuerunt receptæ & obſervatæ. Alb Gentil. *lib.1. diſp. de nupt. c.6.* Lindeman. *in hiſt. Jur. Rom. theſ.307.* Ideò Novellas Leonis negant authenticas, quia multa contineant abſurda, impia, ridicula & ſuperſtitioſa: cujuſmodi ſit illud, quod in Novell. 55. & 58 Chriſtiani jubeantur vivere ritibus Iudæorum, ab eſu ſanguinis abſtinere, diemque ſabbathi more Iudæorum ſuperſtitiosè obſervare ac ſanctificare. Sunt & aliæ Græcæ Conſtitutiones, librique Græci Iuridici nonnulli, qui in Doctiorum manibus verſantur, iiſque utuntur ad interpretandum, & ad prudentiam politicam comparandam, antiquitatemque, & illius ſeculi Hiſtoricos intelligendos: quorum originem Gothofr. recenſet *in pr. ad Novell. Leonis.*

CAPUT VII.

De Jure Canonico, in genere.

Sed non potuerunt Chriſtiani contenti eſſe jure Iuſtinianeo (quod nunc Civile appellitamus, ad differentiam Canonici Iuris) Verùm SS. Patres & etiam Pontifices Romani, rigorem juris Civilis vel notarunt vel immutarunt, & Leges ſingulares etiam, ad jus & diſciplinã Eccleſiaſticam ſpectantes, condiderunt.

Vetuſtiſſimi ſunt Canones (ita Regulas Græci vocant, vid. Matth. Martini. *Lex v. canon.*) Apoſtolici dicti, quos quidam à S. Cle-

S. Clemente editos putant, quosque Gelaſius Papa, apocryphis accenſet: eâ videlicet ex ratione, quòd cùm Apoſtolorum nomine cenſerentur, non tamen perſpicua demonſtratio adferri poſſet, eos ab ipſis Apoſtolis ſtatutos eſſe; tunc enim planè inter hagiographa, interque ipſos Canonicos divinæ Scripturæ libros recenſendi eſſent.

Quamvis autem hiſtoria Eccleſiaſtica, Magdenburgica vulgò nuncupata, perperàm ſentiat de canonibus hiſce, eos tamen Baronius, ſub A.C. 102. n. 5. &c. licet non canonicos, tamen authenticos dici debere cenſet: cùm vix ſit reperire Catholicum Eccleſiaſticum ſcriptorem, aut ſacrum conventum Epiſcoporum, penes quem aliquis ex canonibus illis non inveniatur, pari conſenſione probatus. Hosque Canones Iuri noſtro Canonico originem præbuiſſe, probabile mihi eſt. Subſequuti ſunt Canones Conciliorum, propè infiniti, & quorum etiam hodie, variæ editiones extant, eorumque ſummam compilavit Barthol. Caranza, Ordinis Dominicani. Multa etiam ſucceſsêre Pontificum Reſcripta, eaque cùm protenderentur in infinitum, neceſſe fuit, ut in corpus quoddam certum redigerentur, ad imitationem ſine dubio Iuſtiniani. Cujus Digeſtis ſimile eſt Decretum, Codici Decretales. Novellis Clementinæ & Extravagantes. In eo ſolùm differentia eſt, quod publicâ auctoritate præditis Inſtitutionibus caret: quamvis enim Ant. Cucchus, & etiam Paulus Lancelottus tale quid ſummâ induſtriâ compilârint; ac etiam Lancelottus gloſſemata ediderit in ſuas Inſtitutiones; non tamen Interpretis ſuperant auctoritatem.

Eſt verò facultas Canonica, ſeu Ius Canonicum, ex Theologica diſciplina, & juris Civilis ſtudio concinnatum, mixtumque quid: capiendo partem ex *Theologia*, in quantum tendit ad finem beatitudinis æternæ; partem etiam ex *Jure Civili*, ſcil. in quantum verſatur circa inferiora & temporalia; ſine quibus ſpiritualia diu exiſtere non poſſunt. *c. ſi quis obiecerit. 1. cau. qu. 3.* uti tradit Ioh. Philip. Steinhauſen. *in proœm. ſumma Canonica.* Undè etiam eruditè aſſerunt Dd. quod hæc facultas non ſubjiciatur ſimpliciter Ethicæ vel Philoſophiæ morali, ſed etiam Metaphyſicæ ſeu ſcientiæ Theologali: tractatus quippe hujus Canonicæ doctrinæ pro majori parte dirigit nos in Deum, vel removet ea, quæ nos avertunt à Deo.

Atque

Digitized by Google

Atque exhinc patet etiam differentia inter finem Iuris Civilis & finem Canonici Iuris: quia licet utrumque Ius intendat inducere homines ad Bonum commune: differunt tamen in modo inducendi. Nam Ius Civile intendit hominem inducere in bonum commune, ſecundum quod congruit humanæ ſocietati, Civiliter ac temporaliter viventi, eaque ratione, ad finem ſuum promoveri poteſt, per Legalem Iuſtitiam & amicitiam Civilem. Ius verò Canonicum intendit dirigere hominem ad bonum commune, ſecundùm quod congruit humanæ ſocietati non ſolùm Civiliter, ſed etiam Chriſtianè viventi, & vitam aliam æternam expectanti, & tunc finem non poſſunt homines conſequi per ſolam legalem juſtitiam & amicitiam Civilem, ſed ulterius requiritur amicitia Cœleſtis, ſine qua non poteſt homo tendere in Deum.

Cæterùm ulterius eſt notandum, quod homo quadrupliciter conſiderari poſſit, videlicet in *genere*, ut animal, aut in ſua *ſpecie*, id eſt, ut homo, vel ut *ſubditus Romano Imperio*, vel denique ut *ſubiectus Eccleſiæ Romanæ*. Si ergo conſideretur primô modô, utitur *iure naturali, Inſt. de J. N. G. & C. in princ.* ſi ſecundô, utitur *iure Gentium §. 1. eod. tit.* quod etiam interdum naturale (ſcil. ſecundarium) appellatur, *§. ſingulorum. 11. Inſt. de rer. diviſ. c. ius naturale. diſtinct. 1.* Si tertiô, utitur *Jure Civili Romanorum. l. 1. C. de ſumm. Trin.* ubi Dd. Denique ſi quarto modo ſpectetur homo, utitur *Jure Canonico*, regulisque Eccleſiaſticis accommodatur. Itaque facultas illa Canonica, ſeu Iuris ſacri ac Canonici venerabilis tenor, alia omnia jam recenſita jura, eorumque fines ac qualitates conſiderat, complectitur, dirigit, rectificat, perficit; & in ſumma, eatenus modificat, ut æternæ ſalutis diſpendium afferri minimè patiatur.

Sed hac de re exactè agit Fortunius Garſias, Hiſpanus, *tr. de ultimo fine Juris Civil. & Canon. quem adire iuvabit.*

Hodie Ius Canonicum, in duas diſciplinas abit: illud ita nunc in ſpecie nominari ſolet, cujusque Interpretes Canoniſtæ dicuntur. Sed ſunt & alii, qui Summiſtæ, ſeu Caſiſtæ vocantur, & ad Theologiam moralem pertinent. Illi magis ad externam diſciplinam reſpicere ſolent. Hi forum internum ſpectant, & Confeſſionariis inſerviunt: cùm hoc ſolùm tractant, quomodo externô jure, & iis, quæ eo licita ſunt, ſine conſcientiæ ſcrupulo

uti

uti queamus. Hûc item referri debent, qui de reſtitutionibus tractant: eorumque fundamentum eſt, peccatum non remitti, niſi reſtituatur ablatum. Sic quoque de Juſtitia & Jure, etiam Theologi ſcribunt, inter quos Soto, Molina, & Leſſius eminent inprimis, ac multa politica, imò præcipuas Juris quæſtiones immiſcent.

Duo autem hîc occurrunt dubia. 1. An & quatenus Jure Canonico etiam hodie in Eccleſiis reformatis, liceat uti? 2. quibus in cauſis?

Sanè magna, etiam olim, inter Canoniſtas & Legiſtas æmulatio erat: & hi illos, ut in favorem Eccleſiæ nimium pronos, Jurique Civili pluſquam decet, detrahentes, odio proſequebantur, illi viciſſim hos ut prophanos, & non ſatis Eccleſiæ devotos deteſtabantur. Amborum autem conjunctionem, perfectum reddere JCtum optimi quique reputaverunt. Undè alicubi magnus Baldus: Niſi quis Canones ſciat, ſolis ex Legibus non poteſt cognoſcere punctum. Et paſſim Itali Interpretes, JC. Canonum ſcientiâ non inſtructum, referunt inter rudes & imperitos. Lindeman. *th. 383.* Ac etiam Lutherus, præcipiti forſan Zelo, & contranitentibus Jureconſultis, quos etiam in ſuis ſcriptis (ſibi puta non in omni conatu adſtipulantes) paſſim ſugillat, Corpus Juris Canonicum convocatâ omni multitudine Scholaſtica, in rogum publico in loco extructum, conjecit; Vulcanoque conſecravit, his inſuper adjectis diræ imprecationis verbis: *Quia tu conturbaſti ſanctum domini, ideoq; te conturbet ignis æternus.*

At verò auctoritas Canonici Juris hactenus etiam in ſcholis & Dicaſteriis Proteſtantium inviolata remanſit, niſi ubi eorum confeſſioni vel Ordinationibus Eccleſiaſticis repugnat. Ejuſque neceſſitatem & utilitatem ſingulari oratione defendit Eberh. à Weihe, & videri poteſt etiam Joachim. Steph. *in pr. Inſt. Canon. Juris.* ac Hunnius *d. interp. Jur. 2. lib. Cap. 9.* ut & Lindeman. *th. 376. &c.*

Certè Jus Civile multa habet nimis ſubtilia, rigida, ſolemnia, & à moribus noſtris aliena: redolet item in multis gentilitatem, ex qua immediatè deſumptum fuit; ita ut neceſſariò indiguerit Juris Canonici correctione. Unde & Leges non dedignantur ſacros Canones ſequi. Novell. *83. c. 1.* ubi concordantes text. Accurſ. adducit.

Digitized by Google

Sicque inprimis in cauſis, conſcientiam quæ propiùs attingunt, Jus Canonicum & nos obſervamus; ut ſunt matrimoniales, uſuræ, decimæ, Eccleſiaſtica bona, præſcriptiones, Juramenta, &c. multa quoque ad proceſſum forenſem pertinentia, inde repetita, & ad forum Imperii traducta ſunt, contra Jus Civile: cujus procedendi ratio nobis ferè incognita, & uſu abolita videtur. Sunt verò etiam caſus, ubi in terris Eccleſiæ, Canonicum Jus; in aliis Civile obſervatur: ut in Teſtamentis, ubi illud non tantum Teſtium numerum requirit. Sed de differentiis Juris Civilis & Canonici, ſingulatim Rittershuſius tractat.

Caput VIII.
De Libris Juris Canonici.

Nunc de libris Juris Canonici agendum erit. Ubi primum occurrit Decretum. Illud, ſi ejus Compilatorem ſpectemus, nulla propriè Juris Canonici pars eſt. Habet enim auctorem Gratianum, Monachum, qui illud privatò ſtudiò collegit, ex Conſtitutionibus Pontificum Romanorum, Conciliorum, Epiſcoporum, Juris Civilis (unde etiam quædam leges civiles, dicuntur canoniſatæ) & Sententiis ſanctorum Patrum. Nonnulla etiam ipſe ſuo nomine adjecit, ob ordinis inprimis rationem, & capitum conciliationem, quæ invicem adverſari videbantur. Interim cùm hactenus idem Decretum, cum reliquo juris Canonici Corpore circumferatur, & frequentetur; illudque poſtremò P. M. Gregor. XIII. ei annumerârit, atque adeò recognoſci, emendari, retinerique curaverit (ut videre eſt in Epiſtolis, Decreto præfixis) eandem cum cœteris partibus Iuris Canonici auctoritatem habere, videri poſſet.

Sed magis eſt, ut putem, Pontificem non per omnia, Decretum adprobâſſe, ſed ut librum Magiſtralem, & utilem permiſiſſe vulgari. Alb. Gentil. *d. lib. Jur. Canon. cap. 2.* Inſunt enim Decreto, *Palea*, h. e. centones levioris auctoritatis. Vnde hæc vox, ubi tituli locò præfigitur canoni cuidam, denotat capitulum illud, nec à Gratiano primitùs illi libro inſertum, ſed ab interpretibus, prout cuique commodum videbatur, ad marginem Gratiani adſcriptum, & quòd plerunque in emendatioribus & antiquioribus exemplaribus omiſſum invenitur, teſte Contio. *in emend. Decreti Gratiani.* Baron. A. C. 1151. *num. 5.* Covarruvias etiam, Vir

iam, Vir omni exceptione major, *var. reſol. lib. 4 c. 12. & ſeq.* quædam errata Gratiani notat & *cap. 11.* ita ſcribit: Gratianus omnium, quos illa ætas tulit, vir diligentiſſimus, ex univerſalis Eccleſiæ, Provinciarumq́ue Synodis, librum non vulgari induſtriâ concinnatum nobis relinquens, magnam juris Divini, & humani Profeſſoribus utilitatem adeò comparavit; ut planè qui ejus lectionem vel omiſerit, vel negligenter fuerit ingreſſus, multarum rerum cognitione privatus, jure ſit ex albo eorum delendus, qui Iuris Divini & humani profeſſores cenſentur. Tot tamen ſcatet liber is mendis, injuriâ temporum, ut ſit de Rep. ac re literaria benè meritiſſimus cenſendus, qui huic auctori emendando ac corrigendo, totq́ue maculis expurgandis, operam dederit &c. Gratianum quoque nimis credulum fuiſſe, nec adcuratum Iudicium rebus adhibuiſſe, notat Baron. *A. C. 774. num. 4. & A 664. num. 4.* Quod accidit injuriâ ſeculi, & inopiâ librorum.

Gratianus autem volumen illud ſuum Decretorum in lucem edidit circa A. 1150. vid. Baron. *A. C. 1151. num. 5.* Fuit autem Gratianus Monachus S. Benedicti, Patriâ Tuſcus. Hoc verò ſeculo vixit etiam Petrus Lombardus, cujus ſunt libri IV. Sententiarum, ubi comprehenduntur dicta Patrum, in corpus certum coacta, & reſolutio omnium ferè Theologicarum Quæſtionum: quod opus multorum præclariſſimorum Interpretatione eſt nobilitatum. Falli autem eos, qui Gratianum, Lombardum, & Comeſtorem, (vulgò Conciliatorem dictum, & in Medicina idem, quod illi in Theologia & Iure Canonico, tentantem) fratres fuiſſe ajunt, probat Baronius *ſub A. C. 1164. ad fin.*

Verùm opus hoc Gratiani, tanto applauſu ab omnibus, qui tùm juri operam dabant, exceptũ fuit, ut relictis Iſidori, Burchardi, Ivonis, & cœterorum Decretis, ſolùm jam tum Gratiani volumen præ manibus cœperit haberi. Sed de veteribus Decreti compilatoribus vid. Alb. Gentil. *de libr. Jur. Canon. d. cap. 2.*

Decretum in tres partes eſt diviſum: prima pars continet Centum Diſtinctiones: ſecunda, triginta ſex Cauſas habet: quarum ſingulæ in quæſtiones dividuntur, & qualibet quæſtio in capita; at verò Quæſtio 3. Cauſæ trigeſimæ tertiæ continet tractatum de pœnitentia, in 7. Diſtinction. per capita diviſum. Tertia pars Decreti continet tractatum de Conſecratione, in quinque Diſtinctiones diſtributum.

Digitized by Google

Solet *Decretum* citari quatuor modis. Primò ſic: *diſt. 26. c. Acutius.* ita ut Acutius ſit principium capitis, quod in ea diſtinctione continetur. Secundò modò ſic: 17. (*cau.*) *qu. 1. c. Decima.* Tertiò modò tractatus de Pœnitentia allegatur ſic: *de pœnit. diſt. 2. c. ſepties.* Quartò tractatus de conſecratione ita in medium produci ſolet: *d. conſecrat. diſt. 1. c. vaſa.*

Omnis verò collectio Decretalium, recentior eſt Decretô Gratiani. Indè veteres, Alanus, Vincentius, Tancredus, Laurentius, & cœteri, qui capita referunt collectionis Gratiani, ſemper *ſuprà* addunt: indeque etiam qui citant Decretales, dicunt *extrà*, quaſi extra Decretales.

Sed cùm aſſidua ſedis Apoſtolicæ Iuriſdictio & audientia, novas quotidiè pareret Conſtitutiones, novaque conſilia: quod maximè accidit ſub Alex. III. & quædam etiam à Gratiano viderentur ex antiquis Conciliis, & Decretalibus omiſſa: quidam Bernhardus, tunc Præpoſitus, poſtea autem Epiſcopus Papienſis, novas illas Decretales, in unum corpus redegit, & in libros ac titulos diſtinxit. Illaque eſt vocata compilatio prima: nam duæ aliæ ſequutæ, de quibus latè Phil. Steinhauſen ex Contio, *in ſumma Jur. Canon. & proœm. Decretor.* Ex eoque petiit Wolffg. Sigiſm. à Vorburg. *in Triſmegiſto Canonicali. f. 18.* Scripſerunt quoque in tres illas compilationes, gloſſas eruditiſſimas Laurentius Vincent. Alanus, Rogerius Iacobus, Tancredus. Cùm autem tertia illa compilatio eas tantùm conſtitutiones haberet, quas Innocentius uſq; ad XII. ſui Pontificat' añum ediderat, (quemadmodum ipſe Innocentius in illa compilatione præfatur) ſederit a. octodecim annos, menſes ſeptem, poſterioribusq; ſui Pontificatus temporibus diverſas ad diverſos epiſtolas conſcripſerit, ſolida Iuris doctrinâ refertas, Pontificatus ſui anno decimo octavo, aliud quoque volumen poſterioribus ejus conſtitutionibus & Lateranenſis Concilii deputatum eſt; hæc autem fuit quarta, eamque à Tancredo factam autumant. Poſtremò denique quinta compilatio acceſſit, ab illo Honorio III. h. e. ejus juſſu & mandato confecta de ipſius Honorii Conſtitutionibus: declarat id epiſtola ejuſdem Honorii ad Tancredum ſuperiùs memoratum, in ipſius quintæ compilationis principio collocata. Noviſſimè verò Gregorius IX. ipſius Honorii III. proximus ſucceſſor, præfatas quinque compilationes ſeu volumina, cum ſingula iterum volumina quinque libris diſtincta eſſent, in unum volumen, idque quinque

Digitized by Google

libris ſejunctum redigi juſſit per Raymundum Capellanum ſuum, eique volumini Conſtitutiones à ſe editas adjici curavit: ſicuti in præfatione ejuſdem voluminis expoſuit. Hæc fuit ſexta & poſtrema compilatio, quæ breviter omnia, quæ intra octoginta plus minus annos à variis Pontificibus Romanis decreta ſunt, complectitur, ab Alexandro III. in quo deſinit Gratianus ad Gregorium IX. De hiſce compilationibus etiam videri poteſt Albericus Gentilis, *d. lib. Jur. Can. cap. 1.*

Hocque volumen 5. libris diſtinctum, cùm juſſu Gregorii IX. ſit confectum; rectè dici poteſt Codex Gregorianus, ſicut dicitur noſter Juſtinianéus: quia omnia noſtra facimus, quibus authoritatem noſtram impertimur, *c. ſi apoſtolica. d. prebend. in 6.* Communius tamen & magis propriè vocatur *Liber Decretalium*, quia, quæ ab apoſtolicis & ſanctis patribus decreta ſeu ſancita ſunt, in eo continentur, ut in ipſo patebit: vel quia major pars ipſius libri in Decretalibus Epiſtolis conſiſtit &c.

Sed quæ ſit utilitas veterum compilationum, quarum aliquæ extant, indagat Alb. *c. 3. & 4. d. libris Jur. Can.* Sanè ſunt illæ ampliores & in noviſſimis Iuris Canonici editionibus ex iis caſus, ad quos Pontifices reſponderunt, in compilatione Gregoriana nimiùm decurtati, (quod indicant ferè illa verba: *Et infrà*) ſupplentur, ſuntque, ut nobis Codex Theodoſianus.

Sequitur Liber Decretalium VI. qui allegatur, *v. g. c. 1. d. appell. in 6.* & in 5. libros ſubdiviſus exiſtit. Bonifacius Papa VIII. natione Henricus, patria Anagnius, è familia Cajetana, A. 1294. Pontifex Maximus creatus eſt. Is Decretales epiſtolas prædeceſſorum ſuorum per Guilielmum Archiepiſcopum Ebrudunenſem, & Berengarium Epiſcopum Biterenſ. ac Magiſtrum Richardum de Senis, ſive, ut alii, Malambrum S. R. E. Vicecancellar. diligenter fecit recenſeri: & quibuſdam decretis novis à ſe additis unum librum ſub debitis titulis redigi, & quinque aliis Gregorii Papæ IX. annecti, Sextumque nominari juſſit. Ad quem Ioann. Andr. Bononienſ. continuas gloſſas, quibus multa ex ejus lectura fuerunt inſerta, conſcripſit.

In hoc libro VI. plurima, quæ ante in ſcholis & judiciis ambigua erant, declarantur. Ei verò compilationi etiam adfuit Dynus, ut memorat Alb. *d. cap. 1. ſ. 10.*

Sextus porrò dicitur iſta compilatio hodiè; ut fuit nomi-

Digitized by Google

nata ab auctore. Olim inibi contentæ conſtitutiones, Novellæ, ſive Novellarum nomine indigitabantur à nonnullis, veluti à Baldo pluries *in titulo de Pace Conſtantia.* Iaſ. *in l. 18. de in Jus voc.* Alber. *d. loc. fol. 11.*

Clementinæ poſt acceſſerunt, quæ ſunt Clementis V. Ex quibus ille Pontifex decreverat Septimum Decretalium fieri. Editæ ſunt à Iohanne ſucceſſore, ut legitur in earum proœmio, & Octava meritò dicetur iſta collectio; quam itidem Doctores aliqui confecerunt. Poſt acceſſerunt ipſius Iohannis, quas Iohanninas quidam nominant; & dici poſſet collectio Nona. Exin Decretales variorum, & ejuſdem Iohannis aliæ, quæ Communes appellantur; & fuit collectio decima. Sed & Extravagantes appellantur iſtæ, ut & illæ, quæ ſunt ſolius Ioannis.

Liber Sextus nunquam fuit receptus in Gallia propter inimicitias capitales, quæ Bonifacio, auctori ejus libri, & Regibus Galliæ fuerunt. Et quia, quæ in eo extant Conſtitutiones, pleraque in odium & æmulationem Philippi Francorum Regis editæ, & ad Romanæ Aulæ quæſtum excogitatæ creduntur. Cujac. *c. 4. d. ſponſal.* Duar. *præf. d. Sac. Eccl. min.* vid. *c. 5.* Alberici Gentil.

In Extravagantibus poteſt nunc etiam dici *Septimus Decretalium liber*; collectus à Petro Matthæi, JC. Lugdunenſi, & primò ſeparatim impreſſus, nunc Corpori Canonico in poſterioribus editionibus junctus, ac in v. itidem libros, & ſinguli in ſuos titulos ita diviſi ſunt, ut ferè reſpondeant priorib. Decretalium libris. Conſtat ille ex variis Conſtitutionibus Pontificum recentiorum; Quæ publicatæ ſunt, & indubitatæ, ac ita jus faciunt; adeò ut ſententiæ contra illas latæ, ſint ipſo jure nullæ. Bald. *in l. 2. Cod. quand. prov. non eſt neceſſ.* Haud tamen ille de libris Canonici Iuris dici poteſt: cùm Corpori ejuſdem Iuris, nullâ publicâ auctoritate ſit inſertus: nec item recipitur à populis iis, quibus Pontifex Romanus haud eſt Legiſlator. Regulæ Cancellariæ (Romanæ) nec jus ſunt extra Curiam Romanam. De iis verò ita Wolffg. Sigiſm. à Vorburg ſcribit: Monendi autem ſeriò & modis omnibus opportunè & importunè inducendi ſunt omnes ſacræ Theologiæ & Iuris utriusque Candidati, ut Regularum Cancellariæ & Commentariorum eruditiſſimorum Dn. Ioann. à Chokiet (qui meritò Lumen Canonicum Germaniæ dici poteſt) lectionem & paginas nunquam deponant, ſi ad apicem

Iuris

Juris Pontificii evadere intendunt. Et ſunt ex Regulæ quaſi Ordinatio Cameralis Pontificii fori.

Caput IX.
De Barbarico Jure.

Sed poſtquam Septentrionales nationes Imperium Romanum innundarunt & everterunt: qua de re videri poteſt *lib.1. hiſt.* Machiavell. tanta orbi inde clades eſt inducta, ut ei præſentium temporum calamitates, nulla ratione comparandæ videantur. Ego *d. everſ. Rerump. c.1.* ubi de Roma. Inde quoque paulatim Jus Juſtinianeum toto in Occidente abolitum, & variorum populorum Leges etiam Barbaræ introductæ fuerunt: quæ diu durarunt, & ex parte adhuc durant.

Ius autem Romano-Iuſtinianeum à Lothario reductum fuit, qua de re jam modo, *in tr. de præmiis, pœnis & Legib f.159. & 162. &c.* Ante illam enim reductionem ubivis obſervabantur illa Barbaro-Germanica jura, nec Romanæ leges in uſu erant. Indeque Adolphus Imp. Comitib. Wirtembergenſibus privilegium dedit, quod adhuc extat; Daß ſie ſich der gemeinen Kayſ. Recht forter gebrauchen mögen. Prius enim Iure Suevico, aliisvé Germanicis juribus uti cogebantur, & nec tum Status, prout hodiè, id juris ſibi vindicabant, ut pro lubitu conderent ſtatuta, ſed privilegium ſingulare, vel etiam confirmatio Imperatoris neceſſaria reputabatur.

Ejuſmodi autem Germanicarum vetuſtiorum legum faſciculum ſatis magnum Frid. Lindenbrogius collegit, & Gloſſario copioſo ſive interpretatione rerum, vocumque difficilium atque obſcuriorum illuſtravit, ubi continentur Leges Wiſigothorum, Edictum Theodorici Regis, Lex Burgundionum, Lex Salica, Lex Alemannorum, Lex Baiuvariorum, Decretum Taſſilonis Ducis, Lex Ripuariorum, Lex Saxonum Angliorum & Werinorum, Friſionum, Longobardorum, Conſtitutiones Siculæ, ſive Neapolitanæ. Capitulare Caroli M. & Ludovici Impp. &c.

Pariter tempore noſtrorum Interpretum Iuris, celeberrima legiſlatio fuit, quæ dicitur *Lombarda:* de qua ſæpè Marantha, & inprimis *diſput. 2.* quam Hoſtienſ. etiam libris juris accenſet, eamque gloſſographi citant ſæpè, imò & textus Feudorum, ac etiam Canonici Iuris. Et feudorum quidem textus dicit, cauſas alias

dirimi

dirimi jure Romano, alias legibus Longobardorum. Sed hoc jus hodie, ut alicubi Bl. atteſtatur, de aula receſſit; nec curandum de eo, niſi in locis, ubi adhuc eſt pro lege. Alb. Gentil. *d. lib. iur. Civ. c. 1. fol. 6.*

CAP. X.

De Jure Feudali.

Celeberrimum autem & nobis adhuc non utile ſolùm, ſed & omninò neceſſarium Ius eſt, quod vulgò vocant *Uſus Feudorum*, Corpori noſtri Iuris adnexum, quôque in decidendis feudalibus controverſiis adhucdum utimur, niſi ubi vel pacto Inveſtituræ, vel conſuetudine Curtis aliud eſt receptum.

Origo feudorum quamvis vetuſtiſſima videatur, attamen ea, ut nunc ſunt, adſcribi omninò Longobardis debent: ut Frater meus p. m. hoc ſing. Orat. demonſtravit. Ipſumque opus Feudorum, aliqui dividunt in tres libros, alii unum tantùm librum habuiſſe videntur. Et hos duos ita retinet Hotomannus, & tertium adjunxit. Cujacius facit libros 5. & omnia turbat. Alb. *d. lib. iur. Civ. cap. ult. fol. 70.* Sicque Iaſon. *in præf. ad feud.* conſidero, ait, quod renovare præſentem librum, eſſet confundere gloſſas utriuſque juris, ac etiam utriuſque cenſuræ Dd. qui allegant iſtum librum, ſecundum formam & ordinem, quem habemus. Cujacius librum ſuum tertium conficit ex duobus titulis ſecundi vulgati, conficit 4. ex ejuſdem vulgati ſecundi titulis quampluribus, de quo item transfert multa in Quintum. Rectius Hotom. qui addita omnia ſepoſuit in librum unum. Sed de duobus uſitatis, nonnulli negârunt illos jus eſſe, præter Conſtitutiones Imp. quæ ibi continentur: cùm locales conſuetudines ibi ſolùm habeantur. Tamen illæ in ſcripturam ſunt redactæ, & tacito conſenſu in toto ferè orbe Chriſtiano adprobatæ, ac ita jus effectæ: dùm ubique pro authenticis haberi, obſervari, allegarique conſueverunt; idque per tanti temporis ſpatium, cujus initii memoria in contrarium non extat. Alb. Gentil. *d. loc.* Hunn. *d. Interpr. Juris. 2. cap. 8. quæſt. 1.*

Quin & Eccleſia adprobat illas. Decian. *3. conſ. 90.* Clar. *quæſt. 3. §. Feudum.* Unde & Eccleſiaſticæ perſonæ eo ligari videntur. Hunn. *d. l. quæſt. 2.*

Extraordinaria verò Capitula quæ vocant: ea pro jure obtrudit

tradit Cujac. & ex Ardizone, Alvarotto, ac aliundè collegit: ſed nondum in ſcholis & uſu ita ſunt probata, ut habere videantur plus utilitatis, quàm ad illuſtrandum. Hunnius, *d. cap. 8. quaſt. ult.* Gothofr. Ant. *diſp 1. th. 1. b.*

De auctore verò compilationis feudalis, dubium eſt magnum. Quidam auctoritate Imp. cujuſdam dicunt eam fuiſſe factam; ſed non in ipſo textu ejus rei veſtigia ſatis aperta conſpiciuntur, nec ullius ſatis idonei teſtis auctoritas adeſt. Hunnius *d. quaſt. 1. ad fin.* Gothofr. Ant. *diſp. 1. theſ. 1. lit. a.* Eſt inſuper Feudiſticum hocce Jus, rapſodia, & farrago, ex variorum ſcriptis ſuffarcinata; Gothofr Ant. *d. theſ. 1.* puta, Philiberti Epiſcopi *II. F. 6.* Gerhardi Nigri Capagiſti, Oberti de Orto (horum uterque Conſul Mediolanenſis fuit, tempore Friderici I. Otto Friſing. *lib. 2. d. geſt. Frid. cap. 12.*) & aliorum, *II. F. 25 28 30. 34. §. 1. 2. 3. item 36. & 53 § 1. & ſeqq.* Sub idem enim illud tempus alii complures doctrinâ & authoritate præſtantes floruêre JCC. veluti Bulgarus, Martinus, Jacobus, Hugolinus &c. Cujac. *1. feud. 13.* Hotom. *2. F. 1.* H. Piſtor. *2. quaſt. 32. f. 349. & qu. 34. num. 17.* Rittershuſ. *in orat. de Frideric. I. f. 13.* Sæpè in hoc jure, contrariæ & inter ſe pugnantes JCC. opiniones referuntur, circa ullius expreſſam approbationem, ut *II. F. 17. §. nam & illud. & titul. 28. § his conſequenter. tit. 30. 34. §. 1. & 2. tit 36. 41. 51. §. 3. & 6.* Quo caſu ex more feudiſtico, opinio reprobata plerunque ultimo loco collocari ſolet: ut poſt Camerarium obſervavit Hartm. Piſt. *2. quaſt. 25. n. 30. & qu. 32. n. 2.* Confer Roſenth. *cap. 7. q. 35. n. 7. & cap. 10. q. 42. n. 39.* At nec hoc perpetuum eſſe, apparet ex iis, quæ tradit Roſenthal. *d. cap. 7. q. 55. arg. cap 1. de eo, qui ſibi vel hæred. ſuis. II. F. 17. cap. 1. §. 2. in fin. de L. Corradi. II. F. 34. & c. un. an mut. vel al. imperf. II. F. 36.*

CAPUT XI.
De Jure Suevico, Saxonico, & aliis Germanicis Legibus.

Sed porrò in Germania noſtra, duo olim Jura præcipua fuerunt, das Sächſiſch/ Francken- oder Schwaben Recht. Inde etiam duo Imperii vacantis Vicarii conſtituti ſunt; Rheni & Saxoniæ Palatinus, quorum ille defenſor ſimul nominatur deß Fränckiſchen/ Schwäbiſchen/ hic verò deß Sächſiſchen Rechtens.

Duo etiam ſunt Specula juris, Sachſen- und Schwaben-Spiegel. Et extat quidem der Schwaben-Spiegel/ ac à Dn. Goldaſto, Conſtitutionibus Imperialibus eſt inſertus, ſed non eo uti ſolemus.

Feliciorem ſucceſſum habuit Saxonicum jus, quod adhuc viget: & diviſum eſt in den Sachſen-Spiegel/ Weichbild/ Lehenrecht/ ꝛc. de ejuſque origine & progreſſu videre licet Crantzium, *in Saxon.* Heigium, & nuperrimè Gryphiandrum *in tract. elegantiſſimo de Weichbildis.* Weichbild autem eſt quaſi Landrecht/ ſeu jus Municipale: ut docui *in tract. de iure territor. fol. 268.* Weichbild enim eſt limes ſeu terminus territorii: quippè Bild oder Bildſtöck/ ſalvificum crucis ſupplicium repræſentantes, ferè ad finem cujuſque territorii olim ponebantur. Et vocatur Weichbild / deme der Nachbaur weichen / und darinn kein Eingriff thun kan. Habetque Jus Saxonicum etiam ſuos gloſſatores: & eo uti ſolent Poloni, Sileſii, aliique nonnulli, non vi obligationis, ſed ut jure aſſumpto, quod alicubi dixi ego *in tractat. de appellat.*

Mordicus autem & adhuc Jus ſuum tuentur Saxones: adeò, ut cùm Imperator Carolus V. conſtituerit, in ſucceſſione Patrui fratres patrueles non in capita ſuccedere; hancque conſtitutionem in toto Imperio promulgârit, contra eam Elector Saxoniæ fuerit proteſtatus: cùm jus Saxonicum aliud velit.

Eſt & in Saxonia inferiori, aliud adhuc celebre jus, nempè Lubecenſe, das Lübiſch Recht / quo multæ Civitates utuntur: ut ex pluribus Dn. Cothmanni reſponſis videre licet.

Sunt verò Germanis & aliæ adhuc leges; puta Aurea Bulla: quæ ſolùm jus publicum, & electionem Imperatoris, juraque Electorum præcipuè ſpectat. Quam tamen non per omnia obſervari, docet Freherus, *in tract. de Tutel. Electorali.*

Sunt & Imperii Receſſus, ac Ordinatio Cameralis: quorum hæc ſpectat tantùm Cameralem Proceſſum, illi pauca de jure privato habent.

Ordinatio Criminalis Caroli V. non eſt neceſſarium jus, ſed potius inſtructio, und ein Vorſchlag: ideò etiam non ubique & per omnia obſervatur.

Sunt

Sunt & paſſim Statuta, Land- und Statt-Recht/ ut Bavaricum, Palatinatus, Würtembergicum, Noribergenſe, Francofurtenſe, auch Ehe- und Kirchen-Ordnungen/ qualia nunc Status pro lubitu condere geſtiunt, modò juri publico in Receſſibus comprehenſo non quid decerpant.

Eſt & Comunis opinioe (de qua ſingularem tractatum edidit Antonius Maria Coratius) maximi momenti: ut dixi *ad l. 8. de J. & J.* In Hiſpania & Luſitania, Decreto Regio eſt ſancitum; quod in caſibus, in quibus reperitur contradictio Dd. prævaleat opinio Bartoli. Caccialupus, *in tractat. de modo ſtudendi.* Habent & exteræ provinciæ, quæ jus Romanum contemnunt, ſua Statuta & Leges, ut, verbi gratiâ, Suecia, quas nuper edidit Maſſenius.

Sed fruſtrà eſt, quod propterea ſpernunt jus Romanum: nam continet illud artem juris, ac rationem interpretandi & applicandi Statuta, explicandi teſtamenta, contractus, &c. ut dixi *in tract. de lib. fol. 159. & 164.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro I. Pandectarum.

TIT. I.

DE JUSTITIA ET JURE.

1. *Commendatio & Neceſſitas Jurisprudentiæ.*

IMperii Neceſſitatem pluribus deduxi *in diſſert. Philologica, de præcognitis politices. cap. 5.* Cùm autem Reſpublica, abſque Iurisprudentia, arteque Iuris, nequeat commode adminiſtrari: ſequitur ſanè, ejus digni-

Digitized by Google

dignitatem maximam eſſe. Olim, & rudi adhuc mundi ſeculô, Imperantes Regiâ manu, cuncta gubernarunt. Iuſtinus *lib.1.* ita & Pompon. ait: Initio Civitatis noſtræ, Populus ſine lege certâ, ſine jure certo agere inſtituit, omniaque manu à Regibus gubernabantur, *l.2. de orig. Jur. §.1.* Sed verò exiſtere leges certas, convenit omninò. Et ſeculis ferè cunctis, jure ſcripto, atque ſancito, Imperia gubernata fuerunt. Ego *in differt. d. præm. pœnis & lib. c.6.* Leges autem, & Ius certum, Iurisperitos, artemque Iuris præſupponunt. His legibus latis, inquit Pompon. *d l.2. §.5. & 6.* cœpit, ut naturaliter evenire ſolet, ut interpretatio deſideraret neceſſariam diſputationem fori. Idque prudentium auctoritate; id eſt, adhibitis in eam rem, non quibuſcunque, ſed peritis Iuris. Ac addit: Hæc diſputatio, & hoc jus, compoſitum à prudentibus, communi nomine adpellatur Ius civile. Et ſcribit porrò: Deinde ex his legibus, eodem tempore ferè, Actiones compoſitæ ſunt, quibus inter ſe homines diſceptarent: quas actiones, ne Populus, prout vellet, inſtitueret, certas, ſolemnesque eſſe voluerunt.

Sanè, neque Leges neque Senatuſconſulta, ita ſcribi poſſunt, ut omnes caſus, qui quandoque inciderint, complectantur. Non poſſunt omnes articuli ſigillatim, aut Legibus, aut Senatuſconſultis comprehendi. Et ideò de his, quæ primò conſtituuntur, aut Interpretatione, aut Conſtitutione optimi Principis, certius ſtatuendum eſt. Cumque in aliqua cauſa, ſententia eorum manifeſta eſt: is qui Iuriſdictioni præeſt, ad ſimilia procedere, atque ita jus dicere ſolet. *l. neque leges 10. cum duab. ſeqq. ff. de legib.*

Hocque eſt, quod ait Celſus, *in l.17. d. tit.* ſcire leges non hoc eſt, verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem.

Iuris hancce artem, qui odio perſequuntur, vel Barbariem, vel Tyrannidem introducere ſatagunt. Quibus æmuli ſunt, qui omnia ad Principis nutum reducere, aulæque miniſtris cuncta adplicare, ſeu potius ibi venùm proſtituere volunt. Certè arcanum eſt flagitioſum, cùm Aula à Republicâ non diſcrepat. Clapmar. *5. arcan. cap.6.* Et ſic Caligula, humani generis hoſtis, Naturæque monſtrum, de Iureconſultis (quaſi ſcientiæ eorum omnem uſum aboliturus) ſæpè jactavit; ſe effecturum, ne quid reſpondere poſſent præter eum. Sueton. *in vit.* Mens iſta eſt, ja-

ctâſſe

Digitized by Google

áſſe Caligulam, ut ſcientiæ Iureconſultorum omnis uſus aboleretur, ſe conſtitutione aliquâ, aut librorum combuſtione effecturum; ne quid reſpondere poſſint præter eum: hoc eſt, priuſquàm ad deciſionem uniuſcujusque facti reſcriptum ſuum impetraſſent, & ſic, æquum quod eſſet, didiciſſent. vid. Lyclam. *7. membr. c. 12.* Primum ſatis Tyrannicum fuit, voluiſſe omnem ſcientiæ JCC uſum abolere. Deindè, quòd Iuriſconſultorum munus in ſe præſumpſerit derivare, periculo non potuit carere; de quo Tacitus, *11. annal. in prin.* Cuncta, inquit, legum & Magiſtratuum munia in ſe trahens Princeps, materiam prædandi patefecit. Princeps enim omnis, cùm ipſe huic oneri impar exiſtat, Rempublicam proſtituit Aulicis primæ admiſſionis.

Rectiùs Imp. Macrinus, de quo Capitol. Fuiſſe eum in jure non incallidum, adeò ut ſtatuiſſet, omnia reſcripta veterum Principum tollere; ut jure, non reſcriptis ageretur. Vidit nempè, reſcripta faciliùs impetrari poſſe, ibique gratiæ & corruptionibus locum eſſe. Ius civile inexorabile magis, magisq; æquum & affectionibus minùs obnoxium exiſtit. Et reſcriptis agere, nil eſt, niſi manu Regiâ, & per Aulicos Rempublicam adminiſtrare: quodadmodum pernitioſum eſſe, monui jam ſuprà.

Ius ergò Civile contemnendum qui putat, is vincula revellit non modo Iudiciorum, ſed & utilitatis, vitæque communis. Qui autem Iuris interpretes vituperat, ſi imperitos Iuris eſſe dicit, de hominibus, non de Iure Civili detrahit: ſin peritis non putat eſſe obtemperandum; non homines lædit, ſed Iura, & leges labefactat: cùm tamen nihil in Civitate tam diligenter ſit retinendum, ac Ius Civile. Hoc enim ſublato, nihil eſt, quare exploratum cuiquam eſſe poſſit, quid ſuum, aut quid alienum ſit; nihil eſt quod æquabile inter omnes atque unum omnibus eſſe queat. Hoc neque inflecti gratiâ, nec perfringi potentiâ, neque adulterari pecuniâ poteſt. Quod ſi non modò oppreſſum, ſed etiam deſertum, aut negligentiùs obſervatum erit, nihil eſt quod quiſquam ſeſe habere certum, aut à Patre accepturum, aut relicturum liberis arbitretur. Cicero, *pro Cacinn. fol. m. 329.*

Quis quæſo non magni faciet Iuriſperitum? cùm ejus officium ſit, quid hominibus debeamus, determinare: quomodo etiam Religio, ſeu cultus divinus, quoad externam diſciplinam ſit ordinandus, ſcientiam habere; deque omnibus, quid ſingulis

lis ex bono & æquo tribuendum, diffinire non tantùm (aliàs enim notitia boni & æqui, nuda quædam Iuris interpretatio foret) ſed exercere. Lyclama. *ult. membr. c. 38. latè.* Cùm quæ juſta ſunt, ita demùm eſſe ejuſmodi, doceat Ariſtot. *lib. 5. Ethic.* ſi certo quodam modo tribuantur: hoc autem operoſius eſſe, quàm, quæ ſunt ſalubria, noſſe, nemo neſcire poteſt. Etenim quid mel ſit, quid vinum, helleborus, aduſtio, & inciſio, facile eſt intelligere: at quomodo ea accommodatè ad valetudinem adhibenda ſint, & cui, & quando; tàm difficile eſſe conſtat, quam verè veri Medici nomen poſſidere. Hiſce ſimilia habet Plato in Phædro. Indeque Iuriſprudentia, rerum Divinarum humanarumque notitia vocatur. *l. 10. de Juſt. & Jur.* quâ locutione Romani utuntur, cùm nihil exceptum voluere; unde Nuptiæ, Divini, humanique juris communicatio definiuntur. *l. 1. de rit. nupt.*

Quamvis autem Iuriſprudentia non ſit Encyclopædia, ſeu corpus omnium diſciplinarum: eſt tamen Inſtrumentum, quod convenit omni ſubjecto, ſive tandem Divinum hoc fuerit, ſive humanum; quatenus moderari illud juſtitiâ poſſumus, aut debemus. Unde *in l. 1. C. de vet. iur. enucl.* dicitur: Legum auctoritatem, res divinas & humanas benè diſponere. Indeque vera, & non ſimulata Philoſophia, ab Ulpiano nominatur, *in l. 1. ff. de Juſtit. & Jur.* quia in uſu, non in ſpeculatione conſiſtit. Sicque veram Philoſophiam vocat Ulpianus, quam Gellius ſcribit, *10. Noct. Attic cap. 22.* Virtutum omnium diſciplinam eſſe, quæque in publicis ſimul & privatis Officiis excellit, Civitatesque & Rempublicam, ſi nihil prohibeat, conſtanter, & fortiter, & peritè adminiſtrat. Pulcherrima annon pars eſt Philoſophiæ, agere negotium publicum, cognoſcere, judicare, promere & exercere juſtitiam, quæque Philoſophi docent, in uſu habere? Plin. *1. epiſt.* Non eſt populare artificium, nec oſtentatione paratum: non in verbis, ſed in rebus eſt, nec in hoc adhibetur, ut cum aliqua oblectatione conſumatur dies, ut dematur otio nauſea: animum format ac fabricat, vitam diſponit, actiones gerit, agenda & omittenda demonſtrat. Senec. *Epiſt. 16.*

Econtra ſimulata Philoſophia quid ſit, idem Gellius, *d. loc.* verbis magni Platonis oſtendit, dum inquit: Philoſophia gratioſa res eſt, & venuſta; ſi quis illam moderatè in adoleſcentéque attingat. Sin autem ſupra modum tempus in ea contriverit, hominum

eſt

eſt corruptela. Quamlibet enim quis bono ſit à natura ingenio præditus, tamen, ſi diutiùs per ætatem provectam philoſophetur, neceſſariò omnium rerum imperitus evadet, quarum omninò clarum, bonum, excellentem virum habere peritiam oportet. Nam & legum civilium & verborum, quibus in conſuetudine, cœtuque hominum, tàm publicè, quàm privatim uti decet; voluptatum prætereà, cupiditatumque humanarum, & ut breviter comprehendam, morum prorſus fiunt ignari. Quocirca, quoties ad aliquam rem gerendam, vel publicam vel privatam ſeſe conferant, habentur ridiculi. In adoleſcente Philoſophiam dum cerno, valdè delector, decensque judico, atque ingenuum eſſe hominem exiſtimo; eum verò, qui non philoſophetur, illiberalem, nec unquam præclarum aliquid ac generoſum de ſe præſtiturum. Sed quando grandiorem natu philoſophantem animadverto, neque dum ſtudia ejuſmodi deſerentem; verberibus jam hunc virum indigere cenſeo: quippe quòd, quemadmodum modò dicebam, huic accidat homini, ut etiamſi ingenuæ indolis ſit, tamen ſervilis evadat: Fugit enim mediam Civitatem, forenſesque conſuetudines, in quibus Poëta inquit, viros fieri præſtantiſſimos; abſconditque ſe cum tribus vel quatuor pueris, & in angulis ſuſurrando vitam ducit, nihil unquam liberale aut magnificum prolaturus, &c. Hactenus ille.

De vanitate item ſtudiorum, quæ non ad communem Reipublicæ uſum conducunt, uſurpare libet Petronij, Satyricorum mordaciſſimi, verba. Hæc ipſa, inquit, tolerabilia adhuc eſſent, ſi ad Iuriſprudentiam ituris, viam facerent: nunc & rerum tumore, & ſententiarum vaniſſimo ſtrepitu, hoc tantùm proficiunt, ut cùm in forum venerint, putent ſe in alium terrarum orbem delatos. Et ideò ego adoleſcentulos exiſtimo in Scholis ſtultiſſimos fieri, ſi nihil ex iis, quæ in uſu habemus, aut audiunt aut vident. Qui inter meras antiquitates, & nudè Philoſophicas contemplationes enutriuntur, non magis ſapere poſſunt, quàm benè olere, qui in culina habitant; hæcque *ibid. in not.* illuſtrat apparatu egregio Ioh. à Wouwer.

2. *Jus, Juriſprudentia.*

JUs, ut eleganter Celſus definit, eſt ars æqui & boni. *l.1.princ. de Juſt. & Jur.* Ars hîc non ſumitur in proprio ſignificatu. Lyclam.

ult.

ult. cap. 39. §. 1. Et ideò, quod Cicer. *1. d. orator.* habet, quaſi per parodiam, huc poteſt accommodari. Si ars definitur ex rebus penitùs perſpectis, planèque cognitis atque ab opinionis arbitrio ſejunctis, ſcientiâque comprehenſis, non mihi videtur ars Iureconſulti eſſe ulla. Sunt enim varia, & ad vulgarem popularemque ſenſum accommodata, omnia genera hujus forenſis eruditionis. Sin autem ea, quæ obſervata ſunt in uſu ac ratione juris adminiſtrandi, hæc ab hominibus callidis ac peritis animadverſa ac notata, verbis deſignata, generibus illuſtrata, partibus diſtributa ſunt, id quod fieri potuiſſe video; non intelligo, quamobrem non ſi minùs illa ſubtili definitione, at hâc vulgari opinione, ars eſſe videatur.

Bonum & æquum non quidem confundi, ſed nec disjungi debent. *l. pen. de Juſt. & Jur. l. ſi & me. 32. de reb. credit.* vid. Lopez. *1. animadverſ. 1.* Bonum naturale eſt, quod convenit naturæ, ejuſque conſervationi ſervit: civile, quod utile civitati. Æquum autem exactam quandam prudentiam ſignificat, ſecundùm quam, locis, perſonis, rebus & temporibus convenienter aptatam, ſtatuimus & arbitramur. Eſtque quædam temperatio juris. *l. ſi quid. 18. d. ædil. edict.* Ac ſic opponitur ſcripti juris rationi, ſeu ei, quod diſertè partibus placuit, ubi non licet adhibere moderationem arbitralem. *l. in his. 16. d. condit. & demonſtr. l. conſenſu. 2. in fin. d. obl. & act.* Æquitas eſt liberatio ſeu exæquatio mentis legis, cum circumſtantiis facti. Ergo in primis ars juris in eo conſiſtit, ut ſciamus, ubi temperamentum ſit uſurpandum, ubi ſcriptura vel conventio diſertè facta attendenda. Abuſus juris eſt callida ac ſuperſtitioſa verborum ac præſcriptæ legis interpretatio; quam, ſi neglecto bono & æquo ſequeremur, ex ſummo illo jure, ſummam crucem & injuriam faceremus. Inde dicitur *in l. ſi ſervum. 91 §. 3. de V. O.* In genere boni & æqui, ſolere ſub auctoritate juris ſcientiæ, perniciosè errari. vid. *infrà h. lib. qu. 12.*

Sed nec aliter jus à Celſo definitur, quàm Civile, & quidem Romanorum. Eſt ideò id, æquitas conſtituta iis, qui ſunt ejuſdem civitatis, ad res ſuas obtinendas, ut Cicero *in Topicis* definit. Hæcque æquitas, conſtat naturali & civili ratione. Ex quâ iterum conjunctìm idem jus, de quo ſermo eſt, metimur. Hinc JC. *in l. ſolvendo. 39. de negot. geſt.* refert ſe ad naturalem & civilem æquitatem; quæ vult ut ignorantis conditio melior, haud

Digitized by Google

haud verò deterior reddi queat, & hæc eadem regula vocatur Ius civile. *in l. ſolvere. 53. d. ſolut.* Inde æquum & bonum in noſtrâ definitione, eſt æquitas naturalis, civiliter accommodata.

Ius autem in artem ſcriptam redigendum eſt, nihilque magis pernitioſum videtur, quàm æquitas jure non informata: eamque vulgò cerebrinam vocitare ſolent noſtri Dd. Qua de re ita ſcribit Ioh. Garſias *de Expenſis cap. 1. num. 28. &c.* Minimè ſubvertendæ ſunt leges, & Reipublicæ inſtituta conculcanda temerè ſub ſpecie æquitatis: nam quæ æquitas ſine jure, ſine lege, quæ ſcripta non eſt, ſed captioſè arrepta, peſtilentiſſimum virus eſt, & viro de re & vita civium agenti dira lues. Ergò æquitas debet eſſe ſcripta, vel particulariter vel generaliter, vel aliundè deducta à jure ſcripto. Captioſa æquitas virus eſt: niſi enim ab hac caverint cordati Iudices, nil erit vel certum vel perpetuum in jure, quibuslibet cauſarum ſtatum ad imaginariam & temerariam æquitatem (aut potiùs iniquitatem) detorquentibus. Quam Iudicum injuriam ut effugerent Delphinates, à Rege Franciſco I. poſtularunt per legatos inter cætera, ne Iudicibus & Senatui, quos apud ipſos creaverat Franciſcus, liceret ex æquo & bono judicare: innuentes ſcil. non obſcurè, cupere eos & poſtulare, ne cui Iudici fas ſit, æquitatis ſpecie vim authoritatemque Iuris, & legum conſtitutarum temerè evertere. Sed porrò videndum eſt, quomodo Ius à Iuriſprudentia ſeparetur. Hæc enim diverſa eſſe, eorum diſcrepantes indicant definitiones, *in l. Juſtitia. 1. & 10. de Juſt. & Jur.* Lyclam. *ult. cap. 40. in princ.*

Philoſophiam, ut nomen indicat, vetereſque definiunt, amorem ſeu ſtudium eſſe ſapientiæ, ait Lactant. *3. divin. Inſt. 2.* Sapientiam à Philoſophia diſtinguens. Sic & Seneca *epiſt. 89.* *Sapientia*, inquit, *perfectum bonum eſt mentis humanæ. Philoſophia, Sapientiæ amor & affectatio: Hæc oſtendit, quò illa pervenit.* Quanta autem differentia eſt inter Sapientiam & Philoſophiam, tanta eſt inter Ius & Iuriſprudentiam. Hæc namque ſtudium Iuſtitiæ eſt, §. 4. *Inſt. de Juſt. & Jur.* illud ars æqui & boni, ſeu juſtitiæ medulla. Aliud autem ars eſt, aliud ſcientia aut affectatio artis. Neque enim (ut cum Seneca loquar *dict. loc.*) fieri poteſt, ut idem ſit quod affectatur, & quod affectat. Quomodo multum inter avaritiam & pecuniam intereſt, cùm illa cupiat, hæc concu-

Digitized by Google

piſcatur. Sic inter Iuriſprudentiam & Ius. Hoc enim illius effectus & præmium eſt: illa venit, ad hoc itur.

3. *Jus à Juſtitia deſcendit.*

ULpianus dùm monet; Iuri operam daturum, noſſe oportere, unde nomen juris deſcendat; idque eſſe à Iuſtitia adpellatum, *l. 1. d. Juſt. & Jur.* Stoicos imitatur, quod & in aliis multis fecere Iureconſulti. Emundus Merillus. *1. obſerv. cap. 10. & ſeqq.* Stoici autem, originationes verborum anxiè exquirebant. Sic Cicero, *1. offic.* Audeamus Stoicos ſequi, qui ſtudioſè exquirunt, unde verba ducta. Gellius, de Antiſtio Labeone. *lib. 13. noct. cap. 10.* Latinarum vocum origines, rationesque percalluerat, eâque præcipuè ſcientiâ, ad enodandos pleroſque juris laqueos utebatur. Hanc autem Iuris notationem intelligere debemus, ſemotâ curioſitate Grammaticorum: ut jam monui in comm. *ad d. l. 1. quæſt. 1.* Lyclama, *ult. membr. eclog. 39. in princ.* cenſet, Iuſtitiam adpellatam videri, quaſi Iuſtitua, quòd ceu cauſa architectonica ſtatuerit Ius. Hancque jure eſſe priorem, cùm finis fere ſemper ſoleat eſſe in intentione primus, ultimus in executione. Quare juſtitiam (cujus utpote causâ expetitur & efficitur) & jure digniorem reverâ, atque adeò in ima cogitatione, ipſâque mente animi antiquiorem eſſe ait: ab hac etiam perfectionem ſuam jus habere. Omnis certè conſummatio atque perfectio, etſi ordine poſtumet, effectu tamen anticipat. Magiſque illud prius eſt, ſine quo priora eſſe non poſſunt. Tertull. *de reſurrectione carnis. cap. 45.* Sicque Cicero, apud S. Auguſtinum. *12. de civit. Dei. c. 21.* Ius eſt, inquit, quod de fonte Iuſtitiæ manavit. Grammatici ad primas & pauciſſimas ſyllabas, vocabula redigunt, exindeque cognata derivant. Prudentes noſtri, verba compoſita, attentâ rerum origine reſolvunt. Iuſtitia quidem tanquam habitus, poſterior eſt jure: abſtracta non prius ſunt concretis, à quibus abſtrahuntur. Sed verò ſcientia, quarum rerum ſcientia eſt, licet poſterior eſſe videatur; naturâ tamen eſt prior. Scip. Gentil. *in origin. fol. 267.* Iuris derivationes varias recenſet dicto loco Gentilis *fol. 268. &c.* cui arridet, à Iove id derivari, quem antiqui recto caſu Iovis dicebant, omnis juris autore & quaſi patre. Idque probat ex eo, quòd veteres pro jusjurandum, dixerunt jurandum Iovis.

Digitized by Google

Iovis. Vulgò à Iuſſo derivant, alii vocem primitivam venditare audent.

4. *Juſtitiæ Sacerdotes JCti.*

IN eadem *l. 1. §. 1. de Juſt. & Jur.* Iureconſulti, juſtitiæ ſacerdotum titulo cohoneſtantur. vid. Iuſtum Reinhard. Robbigium. *d. reb. criticis. lib. 6. cap. 7.* Sunt autem duo genera ſacerdotum, Cicer. *2. de leg.* Unum, quod præeſt ceremoniis, & ſacris; alterum, quod interpretatur fatidicorum & vatum incognita effata: ſicque etiam Iuſtitiæ Sacerdotes, illorum in modum Sacerdotum, arcanas Iuriſprudentiæ ſubtilitates dilucidè aperiunt, profundaſque Civilis ſapientiæ Regulas, ac ſanctiones eruditè enodant, eviſcerantque, nec non etiam ſacras Divorum Principum Conſtitutiones, atque reſponſa antiquæ Iuriſprudentiæ pleniſſima, conſideratiſſimè interpretantur: & ut Sacerdotes univerſi à Sacris ſunt dicti, teſte M. Ter. Varrone, *lib. 4. de L. Lat.* Sic etiam & noſtri Sacerdotes, à ſacris ſuis, quibus vacant, appellationem acceperunt: aut quòd principes Divi dicantur, aut quòd Iuſtitia ſeu Aſtræa, pro Deâ olim habita fuit. Sicque Valer. Maxim. *6. cap. 5.* Tempus eſt Iuſtitiæ quoque ſancta penetralia adire, in quib⁹ ſemper æqui ac probi facti reſpectus, religioſa cum obſervatione ſervatur. Sic etiam Leges ſacratiſſimæ adpellantur, *l. Leges. 9. C. de Leg.* & ſacri affatus, pro conſtitutionibus uſurpantur. *l. Sacri. 6. C de diverſis reſcr.* ut & eædem, oracula adpellantur. *l. univerſa. 7. C. d. t.* Divinæ item juſſiones, *Nov. 115.* Sic domus Divina, pro Imperatoria dicitur *l. ſi interveniente. 12 ff. ad SC. Turpill.* Imò ipſa Digeſta vocantur proprium & ſanctiſſimum Iuſtitiæ Templum. *l. 1. § 5. Cod. dè vet. iur. enucl.* Theodorus Marcil. *in explic. Inſtit. tit. de Juſt. & Jur.* haud *in l. 1. ff. de Juſt. & Jure*, Iureconſultos Iuſtitiæ, ſed Iuris Sacerdotes dici ſcribit. Iuſtitiæ ait Deæ, ſunt Flamines. Ars juris, vice Sacerdotum & Flaminum habet Iureconſultos. Ita enim ſonare *d. l. 1.* verba: *Jus eſt ars &c. cuius merito quis nos ſacerdotes, &c.* Sed pronomen *cuius*, non ad proximum, ſed ſuperiorem verſiculum, ubi Iuſtitiæ mentio eſt facta, refertur. Idque exinde apparet; quia loco rationis, cur ſacerdotes vocari mereantur JCti, additur: *Juſtitiam namque colimus: & verò cultus divinus, propriè ſpectat ad ſacerdotes.*

Digitized by Google

5. *Jus Naturale.*

ULpianus *in l. 1.* & Iuſtin. *in pr. Inſtit. h. t.* ſcribunt, Ius naturale eſſe, quod omnia animalia docuit Natura. Naturam alii pro Deo capiunt, & hoc Gentiles Philoſophi fecerunt, hodieque Athei ſubtiles, qualis fuit Iulius Cæſar Vanninus, qui ſe Luciolum indigitavit, librumque ſcripſit *de Admirandis Naturæ arcanis*, quam etiam Magnam Deam vocat. Sed poſtea atheiſmi convictus, in Galliis crudeli ſupplicio affectus fuit. Franc. Roſſet. *hiſtor. Tragic. cap. 5.* Sed potius eſt, ut dicamus, vim eam divinam eſſe, quæ ipsâ in nativitate, rebus creatis indita comperitur. Illa natura inſtinctum quendam indidit animalibus, quatenus animalia, hoc eſt, ſenſu, & phantaſia prædita. Hæcque cùm faciunt homines, dicuntur fieri jure naturali. Ex hoc autem jure deſcendit maris & fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium adpellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio, &c. Videmus enim cœtera quoque animalia hujus juris peritia cenſeri. Quod edimus, bibimus, creſcimus &c. hæc non ſunt hujus juris naturalis, quia ea non faciunt bruta, ut animalia, ſed ut viventia, ex anima vegetabili tantùm. Ius quidem haud cadere videtur in bruta: Ius enim eſt quid rationale, vid. Grotium *1. de iure belli. 1. num. 11.* Ratione autem bruta carent, utcunque ingenioſiſſimus Montaigne dubitet, dubiamque hanc ſententiam reddere conetur. adde Plutarch. *de placitis Philoſophorum.* Sed licet à brutis nihil fiat cum electione, tamen, cùm homo ſecundùm partem animæ, quam ἄλογον Ariſtoteles in Ethicis vocat, facit quid (Paracelſus videtur nominare ſpiritum limbi terræ) tunc id juris naturalis eſſe cenſetur Lyclam. *lib. 6. cap. ult. ad fin.* & elegantiſſ. *lib. 7. cap. 30.* Hoc itidem convenit cum Stoica Philoſophia. Emundus Merill. *1. cap. 11.* Sicque Cato Stoicus, apud Cicer. *3. de finib.* ait: Etiam in beſtiis vis naturæ inſpici poteſt, quarum in fœtu & educatione laborem cùm cernimus, ipſius Naturæ vocem videmus audire. E, bruta naturaliter commiſcent corpora, ſed homines cum ratione. Planè vir & uxor matrimonium ineunt quà homines; ideoque illud Iuris gentium eſt, & conſequenter ex ratione illa juſtiori, quà ſolus homo excellit. Nam matrimonia ſunt ab ipſa rerum natura inventa, & mares fœminis junguntur, ut imbecillior ſexus præſidium ex mutua ſocietate

Digitized by Google

cietate ſumat. Quintil. *declam. 368.* Deus omnium conditor nihil non ratione providit, diſpoſuit, ordinavit; nihil non ratione tractari ab homine intelligivé voluit. Tertull *in pr. de pœnit.* Sed quædam juri naturali rationali adſcripta, juri naturali brutorum convenire poſſe videntur. Apud Oppianum *lib. 1. cyneg. verſ. 239. &c.* inſignis eſt narratio de Caſtitate Equorum. Eandem hiſtoriam Ariſtot. habet *lib. 9. hiſt. animal. cap. 47.* & vide Rittershuſ. *ad d. Oppiani locum.* De Camelis parilia Ariſtot. narrat. *d. loc.* Non abſimile eſt, quod de Leonum caſtitate ſcribit Secundus Maternus, à Leone caſtiſſimo animali, jugulari ſtatim leænam, quæ cum pardo, ut nonnunquam fit, coierit. Seneca tùm *Oedip.* tùm *Hippolyt.*

Feræ quoque Veneris evitant nefas,
Generiſque Leges inſcius ſervat pudor.

Quintil. *declam. 277.* In animantibus multis, libido ratione continetur. Et graviſſimè Plutarch. Beluas negat alienis amoribus inescari, homines verò ſæpè abominandis libidinibus furere. De variis Elephantûm virtutibus, ut & Canum ingenio *in Epiſt.* Iuſt. Lipſius ſingularia habet, & notatu digna. vid. etiam Crinit. *5. cap. 13.* Sed tamen hæc non infringunt ſententiam noſtram: Impropriè enim virtutum appellationes, ut & vitiorum, brutis tribui, Ariſtot. docet. *6. Eth. cap. ult. & lib. 7. c. 6.* Simulacra potius, umbræ atque imagines virtutum ſunt, quas elegant. Philoponus & Plato vocant σκιαγραφίας. Ariſtot. *in Ethic. d. loco,* φυσικὰς ἀρετὰς, & *init. lib. 8. hiſt. animal.* ἴχνη, ὁμοιότητας, σπέρματα ἀρετῶν.

6. *Jus Gentium quid: Quod primævum & ſecundarium exiſtat?*

BEllè Seneca *epiſt. 89.* Diviſionis partes innumerabiles eſſe, & parvas non oportet: Idem enim vitii habet, quod nulla diviſio. Sed tamen commodæ diviſiones ſunt omninò retinendæ, qualis eſt illa, quâ Ius naturale duplex eſſe dicitur, homini conveniens, ut animali; & illud, ut homini, ſolis hominibus inter ſe comune; quodq; jus gentium vocat Ulp. *in d. l. 1.* & quod, ut Cajus loquitur *in l. omnes. 9. d. t.* naturalis ratio inter omnes conſtituit, quod ut dicitur *in l. Jus. 11. d. t.* ſemper æquum & bonum, aut, ut *l. 1. de acquir. rer. dom.* quod cum humano genere preditum

 eſt,

eſt. vid. Grotium *de Jure bell. 1. c. 1. n. 10.* Sed hoc jus gentium, ſeu humanum dictum, duplex eſſe, docet ratio ipſa; quædam enim homini à primæva natura inſunt, quædam à gentibus ex neceſſitate, vel ob evidentem utilitatem, conſenſu hominum ſunt inventa. Hinc *in l. 4. de Juſt. & Jur.* manumiſſiones ac ſervitutes, juri gentium adſcribuntur, & juri naturali contraria eſſe, pronunciatur. Hincque *in l. 5. d. tit.* ex hoc poſteriori ſcil. gentium jure, introducta dicuntur bella, diſcretæ gentes, Regna condita, &c. Hæcque duo jura, ſpecie eſſe diverſa, adparet ex eo; quia origine & effectu non conveniunt. Primævum non opinio genuit, ſed certa ſcientia impreſſit: quodque humanæ gentes naturali ratione, & melioris, diviniorisque naturæ quodam præcepto, atque uno conſenſu & eâdem ſcientiâ peræquè obſervant. Cicer. *1. d. lib.* Ius naturale, & ratio ſumma, inſita à natura, quæ jubet ea, quæ facienda ſunt, prohibet contraria. Hocque interdum vocatur Divinum, unà cum ſpiraculo vitæ inditum homini ab ipſo Deo, & ita divinâ providentiâ immediatè conſtitutum. Lyclam. *7. c. 31.* Hocque *1. Rom. v. 19.* dicitur à Deo manifeſtatum. Et ferè eſt, quod vulgò vocatur Lex Moſaica Moralis Meiſner. *diſſert. de legib. lib. 3 quæſt. 5.* Hoc facit differentiam inter homines & bruta. Homini certè aliquid debet adſcribi, ſine quo rationem ſuæ conditionis amittat. Nam quod vivendi aut generandi cauſa datum eſt omnibus, eſt quidem bonum naturale, ſed non hominis proprium, Lactant. *3. c. 8. fol. 98.* Huicque primævo & primario juri adſcribenda eſt Religio erga Deum, ut parentibus & Patriæ pareamus. *l. 2 ff. de Juſt. & Jur.* Hujuſmodi principia non genuit corpus in corpore, ſed innata quædam vis inſeruit mentibus noſtris. Iure naturæ æquum eſt, neminem fieri locupletiorem cum alteriꝰ jacturâ. *l. iure. 206. ff. de R. I.* naturali æquitati ſeu naturæ humanæ nihil tàm congruum eſt, quam ſervare fidem. *l. 1. ff. de pact.* Cur quæſo hæc & ſimilia Iuris naturalis ſunt? Ideò certè, quia hæc dimanant, non ab ulla conſtitutione, ſed recta ratio, vel potius ipſe Deus mentibus noſtris inſculpſit: communes animi conceptiones vocant Philoſophi, in quibus humana acies ita cœcutit, ut rationem aliam de iis reddere nequeat, quàm quia ita doceat natura. Cicero *lib. 3. Tuſculan. qu.* Nulla gens, inquit, tam fera, nemo omnium tam immanis, cujus mentem non imbuerit Deorum opinio: Multi de iis prava

ſen-

Digitized by Google

ſentiunt (id enim vitioſo more effici ſolet) omnes tamen, eſſe vim & naturam divinam arbitrantur. Hinc Seneca *epiſt. 120.* Quomodo ad nos, inquit, prima boni honeſtique notitia pervenerit; hoc nos natura docere non potuit, ſemina nobis ſcientiæ dedit, ſcientiam non dedit. Hæc imperat omnium virtutum actus. Meiſner. *diſſert. de legib. lib. 3. quæſt. 6.* Ita Cicero *1. de legib.* Virtus nullo ſignificantius pacto definiri poteſt, quàm quod ſit perfecta, & ad ſummum deducta natura. De hoc eodem primævo jure ex Cicer. *de Republ.* ſequentia Lactantius refert *lib. 6. cap. 8. à princ.* Eſt quidem vera lex, recta ratio naturæ congruens; diffuſa in omnes, conſtans, ſempiterna; quæ vocet ad officium jubendo, vetando, à fraude deterreat: quæ tamen neque probos fruſtrà jubet, aut vetat, nec improbos jubendo aut vetando movet. Huic legi nec refragari fas eſt, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari poteſt. Nec verò aut per Senatum, aut per populum ſolvi hâc lege poſſumus. Neque eſt quærendus explanator, aut interpres ejus alius. Nec erit alia Lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia poſthac: ſed & omnes gentes, & omni tempore una lex ſempiterna, & immutabilis continebit. Unusque erit communis quaſi magiſter & Imperator omnium Deus: ille legis hujus inventor, diſceptator, lator: cui qui non parebit, ipſe ſe fugiet, ac naturam hominis aſpernabitur: hoc ipſo luet maximas pœnas, etiamſi cætera ſupplicia, quę putantur, effugerit. Aliud eſt jus gentium poſterius, quod naturalis ratio, ratiocinando, inter homines conſtituit. §. 4 *Inſt. d. iur. nat.* Hocque non primum principium, ut illud, ſed concluſum, ac diſcurſu quodam rationis practico eſt conſtitutum. Et etiam mutari poteſt, & variationes admittit. Lex Naturæ apud omnes eadem exiſtit. Meiſner. *dict. lib. 3. quæſt. 8.* Ius naturale non habet diſcurſum, ſed ſimplex eſt. Hinc Tertull. *de teſtim. animæ.* Illa teſtimonia & principia ex jure naturali deſumpta: quantò vera, tantò ſimplicia; quantò ſimplicia, tantò vulgaria; quantò vulgaria, tantò communia; quantò communia, tantò naturalia; quantò naturalia, tantò divina. Hucque facit iſtud πολυθρύλλητον: ut natura, ſic naturalia apud omnes ſunt eadem, ex *lib. de interp. Ariſt. cap. 1.* Et hoc Ius naturâ commune eſt omni nationi, Iſidor. *lib. 5. Etymol. cap. 4.* Imò Philoſophus clarè affirmat: ubique & apud omnes homines eandem vim habere, & ex ſe jus eſſe, non

non quia hominibus videtur, vel non videtur. *l. 4. Eudem. cap. 5.* Ius hoc primævum illud eſt, quod ſuggerebat natura ante lapſum; poſt hanc autem per lapſum mutatam, ſcintillulæ quædam, quaſi ſub cinere latentes, nobis ſuperſunt, & conſuetudine adhuc magis depravantur, obfuſcantur & extinguuntur. Ideò non mirum, quòd varium apud varias gentes exiſtat, quæ Barbaræ vulgò vocantur, & etiam eas, ſi quæ non norunt Chriſtianam Religionem, *Rom. 1.* (quæ etiam perficit legem primævam) licet cultiores videantur. Sic apud alias gentes, alia ſcelera recepta & uſitata fuerunt. Licuit per leges *Lycurgi* fœminas ſibi filios comparare ex alienis maritis; per leges *Perſarum* miſceri connubiis matrum, ſororum & filiarum; per *ll. Triballorum*, Seniores ab altiſſimis montibus præcipites dare: per *ll. Scytharum*, cum mortuis unà vivos, quos illi dilexerunt, infodere; per *ll. Platonis* Mulieres habere communes. Quæ tamen omnia, tanquam facinora contra legem naturæ, alii prudentiores damnârunt, & punierunt. Sed viciſſim apud aliquos, etiam nota veſtigia ejus juris adparent. Sicque Ariſtoteles *1. de Cœlo* docet: Naturam nobis inſeviſſe, ut ſacrificemus. Averrhoes: Naturam nos obligare ad Deum orationibus magnifaciendum. Pertinet huc, quod Euripides in Andromach. habet.

— Tale eſt omne barbaricum genus:
Pater enim filiæ, & filius matri miſcetur,
Sororque fratri, & per cædem chariſſimi
Vadunt, & horum nihil prohibet lex.
Quæ ne apud nos introducas; non eſt enim honeſtum,
Unum virum habere habenas (i. e imperium,) *duarum mulierum:*
Sed intuens in unam lecti ſociam Venerem,
Eſt contentus, quicunque non vult malè habitare.
Invidioſa quædam res eſt fœminarum ſexus.

Hocque jus Naturæ, ita Meiſnerus definit, *d. lib. 3. quæſt. 11. fol. 216. & ſeq.* Lex naturæ eſt habitus connatus, continens generalia principia practica, de imagine divina adhuc reliqua: quæ apud omnes eadem, mutari nequeunt, diſpenſationem non admittunt, quidque bonum & faciendum, quid malum & fugiendum ſit, oſtendunt; ut externa diſciplina, & pax politica conſervetur: Deus quæratur & glorificetur, vel ſi homines iſta negligunt, inexcuſabiles fiant. Sed ut diviſiones juris eò rectius intelligantur, ſubjungere libuit hocce Schema:

Ius

Digitized by Google

Jus vel eſt

- Naturale
  - Ex natura brutali procedens, hocque merè Naturale, nobis cum brutis commune vocatur.
  - Jus Naturale humanum ſeu rationale, Jus Gentium Primævum eſt.
- vel Poſitivum
  - A Gentibus communi conſenſu, ob neceſſitatem vel utilitatem compoſitum; Gentium Secundarium vulgò dictum.
  - Jus Civile; à Populo, vel Civitate introductum.
    - Generale totius Regni, ut Hebræorum, Romanorum, &c.
    - Provinciale, ſeu Locale, vulgò Statutum indigitatum.

Digitized by Google

7. *De Mutabilitate Juris gentium Secundarij.*

JUs gentium primævum peræquè apud omnes cuſtoditur, vel cuſtodiri, nec mutari debet: quamvis ratione circumſtantiarum, & in ipſa adplicatione, admittat multiplicem variationem; ut vel unum illud edocet præceptum: *Non occides, & qui ſanguinem humanum fuderit, eius ſanguis etiam effundi debet*; quodque varias & infinitas propè habet limitationes. Mutari verò per ſe nequit, quia ſcil. divina providentia eſt conſtitutum, & naturam ſequitur, quæ non corrumpitur. Sic Tertull. *in apologet.* Quod verè malum eſt, ne ipſi quidem, quos rapit, defendere pro bono audent. Omne malum, aut timore, aut pudore natura perfundit. Quæ verò jure gentium ſecundario introducta ſunt, illa neceſſitate vel utilitate humana durant, & ceſſante ceſſant. Lyclam. *ult. membr. Ecl. 31. fol. 288.* Eſt enim cauſa ſeu res humana, E. mortalis, & variationi per ſe obnoxia. Sic Symmachus *8. epiſt. 27.* Nihil hominibus æternum eſt, volvunt mortalia vices crebræ, omnium rerum fuga eſt. Introductum eſt conſenſu gentium communi; ſed ille mutatur. Variant enim harum opiniones, eaſque non ſolùm diſtantia locorum mutat, ſed & temperamentum. Indeque, quòd Iureconſulto vel Politico Phyſices cognitio ſummè & omninò neceſſaria ſit, videtur multis. Plato *lib. 3. de legib. fol. m. 588. lib. 4. fol. 589. & lib. 5. in fin.* Bodinus *lib. 1. de Republ. cap. 5. & meth. hiſtor. cap. 5.* adde, quæ deduxi *in tract de natura populorum.* Religio quoque Chriſtiana, multum de rigore illo juris gentium, quale ante erat, immutavit. Sic inſenſibiliter quaſi ſervitus evanuit, & bello capti, ſoluto lytro, dimitti cœperunt. Bartol. *in l. hoſtes. d. poſtlim.* Laurent. Pignor. *de ſerv. pag. 95.* Genebrard. *in Chron. l. 4. pag. 641.* Bodin. *de Republ. 1. c. 5.* Et natura omnis juris poſiti vi eſt, ut mutationi obnoxium exiſtat. Diſſ. Dn. D. Bocer. *ad §. ſed naturalia. num. 2. & 3. de Juſt. & Jur.* Sed ejus argumenta refutavit Dn. Bielke. *diſſert. de Legib.* quam Præſide Dn. D. Lanſio, in Illuſtri Collegio defendit. *theſ. 46. & ſeqq.* At tanquam pro aris ac focis ſententiam ſuam defendit Dn. Bocer. *in præfat. ad com. lib. 3. Inſt.* Veruntamen abſonum videtur, hanc rem, quæ ex Philoſophicis fundamentis dijudicanda eſt, ex captatis Legum verbis diſputare. In §. *ſed naturalia. Inſt. d. iur.*

Digitized by Google

d. iur. nat. &c. ait Dn. Bocerus, Iura naturalia dici immutabilia & civili opponi in eo, quòd hoc mutari queat. Sed ſolutio eſt in textu: Naturalia jura ibi vocantur divinâ quâdam Providentiâ conſtituta. Tale non eſt jus gentium ſecundarium, quod gentes excogitârunt. Non nego ſæpè confundi, à Iuris interpretibus, ipſiſque juris conditoribus naturale & Gentium Ius ſecundum; ut *in §. ſingulorum. 11. Inſt. de rer. diviſ.* ubi jus naturale vocatur, exquo dominia nanciſcimur, quod eſt jus gentium ſecundum: & mox dicitur proditum à rerum natura, cum ipſo genere humano, quod de jure hoc ſecundo dici nequit, cùm ſit poſitivum. E. non ſemper ex Iureconſultis, ſed à Philoſophis ſunt principia probanda, & deſumenda; puta ex Ethicis, ubi Ariſtoteles & Philoſophi hanc rem tradunt magis accuratè, nec hiſce in quæſtionibus Legum auctoritas, ſed potius ratio eſt ſequenda.

8. *Propulſatio injuriæ, an ſit juris naturalis?*

IN *l. 2. de Juſt. & Jur.* Religio, ſeu cultus Dei, cultus parentum & patriæ amor adſcribuntur juri naturali humano: mox ſequitur *in l. 3.* ut vim atque injuriam propulſemus &c. E. & hæc propulſio ad jus gentium primævum eſt referenda. vid. Lyclam. *ult. cap. 24.* Sed & animalia ſe adverſus vim defendunt. Plinius. Leonum feritas inter ſe non dimicat, ſerpentum morſus non petunt ſerpentes, ſed, ſi vis inferatur nulla eſt beſtia, cui non ſit animus injuriæ impatiens; & prompta, ſi noceas, ad ſe defendendum alacritas. Certè non homo tantùm, ſed & cœtera animantia contra vim eunt, ſeque naturaliter defendunt. *l. ſcientiam. 45. §. 4. ad l. Aquil. l. 1. §. 11. ſi quadr. paup.* Hinc & Cicero *pro Milone:* Ratio doctis, neceſſitas Barbaris, mos gentibus, & feris natura ipſa præſcripſit, ut omnem ſemper vim, quacunque ope poſſent, à corpore, à capite, à vita ſua propulſarent. Formicæ etiam ſua bilis ineſſe dicitur. Et Braſidas quidam, ut eſt apud Plutarchum, manum in caricas cùm miſiſſet, & à mure, qui in ipſis latebat, morſus fuiſſet, exclamavit: Papæ! quàm nullum eſt animal tam puſillum, quod non ſe ulciſcatur laceſſitum. Sed quemadmodum Matrimonium adſcribitur juri Naturali, cùm accipitur pro appetitu concumbendi; ita pariter & propulſatio injuriæ, cùm fit impetu indiſcreto. Illa verò, quæ fit cum ratione, & mode-

deramine inculpatæ tutelæ, pertinet ad jus naturale rationale. Hæc à ſimplici defenſione, quæ Iuris naturalis eſt, in tantum recedit, in quantum à maris & fœminæ conjunctione, matrimonium. Hoc autem Iuris gentium eſt, ita & hæc. Omni quidem generi animantium à natura tributum eſt, ut ſe, vitam, corpusque tueatur: ſed non cum ratione. Idque innuit *in d. l.* Florentinus, dum ait, naturam inter nos quandam conſtituiſſe cognationem, exindeque ſequi, hominem homini inſidiari nefas eſſe. Ubi inculcatur ſocietas & charitas, quam homo erga hominem, ſeu proximum ſuum obſervare debet: Quæ vult, ut alteri non faciamus, quòd nolumus fieri nobis. Hincque ex hac injuſta hujus charitatis & amoris violatione, eruitur rationabilitas propulſionis vis & injuriarum. Sic Cato Stoicus, apud M. Tull. *lib. 3. de finib.* Ex hoc naſcitur, ut etiam communis ſit hominum inter homines naturalis commendatio. Seneca *Epiſt. 95.* Natura nos cognatos edidit, cùm ex iiſdem, & in eadem gigneret. Hæc nobis amorem indidit mutuum, & ſociabiles fecit: illa æquum, juſtumque compoſuit; ex illius conſtitutione miſerius eſt nocere, quàm lædi. Item *de ira. cap. 5.* Ut omnia inter ſe membra conſentiunt, quia ſingula ſervari totius intereſt: ita homines ſingulis parcant, quia ad cœtum geniti ſumus. Salva enim eſſe ſocietas, niſi amore & cuſtodia partium, non poteſt. Arrianus, *lib. 2. diſſ.* Epict. *c. 20.* φυσικὴ ἐστιν ἡμῖν κοινωνία πρὸς ἀλλήλους, καὶ πάντην δεῖ πάντι τρόπῳ φυλάσσειν. Certè beneficio affici hominem, intereſſe hominis, inquit Papin. *in l. ſerv. 7. D. d. ſerv. export.* quod doctrinæ Stoicorum conſentaneum eſt: atque omninò ad mentem Papiniani, Seneca *lib. 1. de ira. cap. 1.* Homo in adjutorium mutuum eſt generatus. *& lib. 2. de Clement. cap. 5.* de Stoicis: Nulla ſecta benignior leniorque eſt, nulla amantior hominum, & communibus bonis attentior, ut propoſitum ſit uſui eſſe aut auxilio; nec ſibi tantum, ſed univerſis ſingulisque conſulere. Eamque ob cauſam inter eas leges, quas Deus Optim. Maxim. dedit Noacho, nulla, niſi quæ homicidium prohibet, ſanguinis infligebat pœnam. Quamvis apud gentes, ea diu non fuerit obſervata. Euripides *Oreſt.*

Rectè poſuerunt maiores olim hac,
Non ſinebant in conſpectum venire,
Neque in occurſum, quiſquis forte reus eſſet ſanguinis:
Sed expiabant exilio, non viciſſim occidere ſinebant.

9. Et-

Digitized by Google

9. *Etiam jus publicum Romanum, deſumptum eſt ex jure gentium, & natura.* Ad l. 1. ff. de juſt. & jur.

QUando Ulpianus docet, Iuris ſtudii duas eſſe poſitiones, publicum & privatum; ſignificat duorum generum propoſita, conſultationesque in eo inſtitui, aut ſcil. de jure publico, aut privato. Quod ſi auctoritatem ſpectamus ejus, cui jus condendi faciendique poteſtas eſt, nullum non erit jus publicum; ſin utilitatem, diſtingui poteſt in publicum & privatum: quatenus nimirum quædam publicè utilia ſunt, quædam privatim. *l. 1. § 2. ff. de Juſt. & Jur.* Ius autem æquè publicum atque privatum, deductum mihi videtur ex præceptis naturalibus, gentium uſu, & ratione civili. Adſtipulatores habeo Ioh. Gœddæum, *ad l. 6. in princ. num. 11. ff. de V. S.* aliosque, quorum plures in hanc ſententiam allego, *in comment. ad l. 2. n. 19. titul. huius.* Religio eſt Iuris naturalis: ut Patriæ pareamus, eidem adſcribitur Iuri. *l. 2. h. t. de J. & Jur.* Regna item Iuris gentium ſunt, *l. ex hoc. 5. d. t.* E. & Ius determinans Religionem, ſeu in Sacris & Sacerdotibus conſiſtens; ac Imperium item Civile, ordinans Magiſtratus, ac Patriæ quomodo parendum fiet edocens, ab illa eadem ſcaturigine deduci neceſſe erit. Et facit itidem *l. ult. ff. de legationibus.* ubi Pomponius reſpondet: Legatum violare, contra Ius gentium eſſe. Et verò hocce privilegium legatorum, ad publicum Ius ſpectat. Sanè etiam quoad publicum jus, multa cum aliis gentibus communia habuerunt Romani. Inde illud etiam hodie deſumi ex hiſtoriis, notat Gothofr. *d. Tutel. Elect. l. 7. fol. 70.* Ac ut in jure privato, Ius Civile, ſi in totum recedit à ratione naturali, cùm non determinat, ſed magis affingit aliquid incognitum naturâ; non lex, ſed Tyrannis eſt dicenda: Ita pariter publicum jus, & ipſa etiam *Ratio ſtatus* (ſeu modus gerendarum Rerumpub. arcanus) cauſam in natura, rectâ ratione, uſuve gentium honeſto, habere debet. Hocque nî fiat, ac ſi fœdæ & barbaræ rationes, atque ſcelera dominationis conſervandæ & augendæ, vel erga ſubditos, vel vicinos uſurpentur; ſi non charitas & æquitas, temperamenti loco; ubique in Republ. adminiſtrandâ adhibeantur; ſi utilitas & commodum privatum, ſcopus publicarum actionum unicus exiſtat: tum certè non ſocietas legitima, ſed colluvies latro-

tronum; non Imperium ritè & pulchrè ordinatum, ſed potius præfectura ad publica opera condemnatorum, in carcere, vel equuleo conſtitutorum, vocari meretur. Quamvis autem *in l. 1. §. 2. in fin. ff & §. ult. Inſt. tit. eod.* de jure privato tantum enuncietur, quod ex naturalibus & gentium juris collectum ſit præceptis: Attamen id non fit ad Publici Iuris excluſionem, ut voluit Matth. Weſenbec. *in parat. ff. h. t. ſub num 14. & de pact. num. 4.* Dn. D. Bocerus *Claſſ. 1. diſp. 2. theſ. 5.* ac item nobiliſſimus pariter & ingenioſiſſimus JC. Marc. Lyclama, *membranar. libr. 7. Eclog. 41. § 1.* Sed quia Iuris illius tractatione omiſsâ, de privato tantummodo jure, præcepta tradere voluit tàm Ulpianus, quàm Iuſtinianus. Sed ut clarè magis hæc explicentur, addere lubet, quæ habet Dn Lanſius, *diſput. de Legibus. theſ. 51.* Majoris evidentiæ gratiâ Ius gentium ſecundarium, ſicuti civile, in Publicum & Privatum; aut certè quid Publico & Privato *ἀνάλογον*, dividimus. Privatum dicimus, quod ab hominibus, quâ abſolutè Politicis, eſt excogitatum, & ad ſingulorum utilitatem accommodatur; ut ſunt ædificia collata &c. Publicum autem appellamus, quod ad ſtatum rei mundanæ ſpectat, id eſt ad communem hominum ſocietatem publicè conſervandam pertinet, & hominibus, non ſigillatim, ſed collectim conſideratis, utilia ac neceſſaria proſpicit: qualia ſunt Iura belli & fœderum, gentium diſcretio, Regnorum & territoriorum termini &c. Privatum illud, quia ab hominibus (licet omnium conſenſu) non ut univerſis, ſed ſingulis, eſt receptum, & ſingulorum tantùm inſervit utilitati, à Iure Civili ſpeciatim ſic dicto, tolli & mutari, parriculari hujus vel illius populi neceſſitate & utilitate id poſtulante, abſque ulla injuria poteſt. Negat porrò Timæus Faber, *diſp. ad Inſt. 1. theſ ult.* juris merè naturalis (nobis cum brutis communis) præcepta, etiam ad publicum Ius pertinere; eò quod publicum Ius, Sacra, Sacerdotes & Magiſtratus concernat; quibus bruta carere videantur. Sed verò & Bruta quodammodo nos Deum venerari docent; ac inde corvos Dominum invocare, dicit alicubi Regius Pſaltes: habentque & animalia nonnulla bruta, conſociationis, quin & Imperii quandam formam, ut cumprimis de apibus conſtat. *c. in apibus. cauſſ. 7. q. 1.* Ac item Politica, Publicumque jus ordinant, quæ deſcendunt ex hoc jure merè naturali; liberorum ſc. procreationem, educationem, Inſtitutionem, &c.

TIT.

TIT. III.

DE LEGIBUS.

10. *An Princeps Legibus ſit ſolutus?*

HAc de quæſt. *in tract. de Maieſt. & in œconom. t. 3. & 4. ff.* egi latè. Et ſanè optimâ ratione nititur opinatio illa, quæ cenſet: Quod Princeps iis legibus ſolutus ſit, per quas Princeps; Civilibus nimirum. Vaſquius *illuſtr. cap. 51. n. 29. & 32.* Bodinus *lib. 1. de Republ. cap. 8. fol. 83.* vide Cominæum *lib. 10. Comment. in fin.* Nunc pleraſque leges hac de quæſtione agentes, & in corpore juris occurrentes examinabo, & cum ea opinione, quam *dictis locis* propoſui, in concordiam redigere conabor. Vtile eſt unum eligere, cui reliqui debeant obedire: quia ſi voluntas diverſorum vaga relinquitur, confuſio, culparum amica, generatur. Caſſiodorus *7. variar. 27.* E. oportet, vel apud principem, vel alicubi abſolutam eſſe poteſtatem. Adeò, ut exteri cenſeant, nunc in Germanico Imperio graſſari anarchiæ malum, omniaque ad bellum civile perpetuum, factioneſque ſpectare: cùm nempè Imperatori non concedatur plena auctoritas, ſaltem ut Ordines diſſentientes poſſit ſuâ auctoritate conciliare: nec item valeant in Comitialibus pleriſque litibus vota majora, ac quoque curſus juſtitiæ in Aula non concedatur, & in Camera Imperiali per reviſiones impediatur. Sed quâ proportione vel Princeps, vel Senatus aut populus hanc exercere debeat poteſtatem, à Reipubl. conſtitutione dependet. In Republ. Romana, Princeps legibus fuit ſolutus, cumque omnes jura tenerent, *l. iura. 8. ff. d. lib.* ille unus exceptus; qui non item iis teneretur: non ut liceat ei, quæcunque lubent; ſed ut habeat facultatem, utilitatem publicam promovendi, liberam, nulliſque legibus à ſe, vel aliis poſitis adſtrictam; quam tamen non ordinariè, ſed in caſu neceſſitatis uſurpare poteſt: Meminiſſe etenim debet, τὸ Legibus ſolutum, non ad licentiam, quâ legum præcepta eluderet, uſurpandum eſſe, ſed perfectioni regiæ ſummæque, quà Majeſtas fulget ſua, exferendæ primitus fuiſſe datum. Lycl. *4. cap. 19. ad fin.* Vlp. *in l. Princeps. 31. de legib.* Princeps, ait, legibus ſolutus eſt. Hoc non debet intelligi, de L. Iulia vel Papia, aliiſve caducariis Legibus quamvis

Digitized by Google

vis illud reſponſum, *ex lib. 13.* quem Vlpian. ad d. leges conſcripſit, fuerit deſumptum. Prohibet enim Imp. diſertè, *in §. 10. d. confirm. ff.* ex præfixis cuilibet Reſponſo titulis, legum ſumere interpretationem. Ego *in præcogn. miſcell. cap. 9.* Non item intelligi debet de ſolemnibus juris: nam hoc habet princeps ex privilegio ſingulari, non vi abſolutæ poteſtatis. Quæ duo ſtatim ſejungit Vlpianus & ait: Auguſtam habere privilegia Imp. non legibus liberatam poteſtatem. Rationem abſolutæ hujus poteſtatis non ex eo ſumo, quod Imperativus caret primâ perſonâ, quodque imperare ſibi, neque prohibere quiſquam poſſit. *l. ſi de re. pen. de recept. qui arbitr.* Et quod nemo principem, tanquam ſuperiorem cogere poteſt. Sed quia natura Imperii ſummi hoc requirit, ut benè & rectè facere poſſit, omni obſtaculo remoto. Indè, quod Principi placuit, legis habet vigorem: cùm per legem Regiam, omnem obtinuerit poteſtatem, quam anteà populus habebat. *§. ſed & quod principi. 6. Inſt. de iur. nat. l. 1. d. conſt. pr. t. d. concept. Digeſt. §. 7. verſ. & nemo.* Eſt enim Imperatoris fortuna ab omnibus legibus excepta, huic enim & ipſas leges Deus ſubjecit, legem animalem eum mittens hominibus; inde habet jugem & indeſinentem conſulatum, quaſi ſemper conſulat & proſpiciat Reipublicæ. Nov. *105. de conſul. c. 2. in fin.* Regi licet in civitate, cui regnat, jubere aliquid, quod neque ante ipſum quiſquam, nec ipſe unquam juſſerat: & ſi non eſt contra ſocietatem Civitatis ejus, obtemperatur ei; immò contra ſocietatem fit, ſi ei non obtemperetur: generale quippe pactum eſt ſocietatis humanæ, obtemperare Regibus ſuis. *can. quæ contra. diſt. 8.* In *l. digna vox. 4. C. de legib* Reſcribunt Imper. Theodoſius & Valentinus Cæſar. *Digna vox eſt Maieſtate regnantis, legibus alligatum ſe Principem profiteri. Adeò de auctoritate Juris noſtra pendet auctoritas, & revera maius Imperio eſt, ſubmittere Legibus principatum. Et oraculo præſentis edicti, quod nobis licere non patimur, aliis indicamus, &c.* Ex hoc nihil contra propoſitam ſententiam, erui poteſt. Pertinet enim ea ad jus privatum, & privilegia principi competentia. Imperator licet Legibus ſit ſolutus, tamen, ni caſus adſit diſpenſandi, vel poteſtate extraordinariâ utendi, regulariter pari cum aliis utitur jure. Vileſceret enim auctoritas Legum, ſi Imp. eas, non utendo iis, iniquas eſſe proderet: & libentiùs Legibus obediunt ſubditi, ſi vident eas itidem principem in

ſuis

ſuis cauſis obſervare. Si verò ſingulare Privilegium princeps vult habere, ut fit in caſibus multis, hoc ſubditos non vult latere. Hujus rei elegans exemplum habemus *in §. ult. Inſtit. quibus modis. teſtam. infirm.* ubi dicit Imper. non admiſſurum ſe hereditatem ejus, qui litis cauſa Principem reliquerit heredem: neque tabulas non legitimè factas, in quibus ipſe ob cauſam heres inſtitutus erat, probaturum: neque ex nuda voce heredis nomen admiſſurum: neque ex ulla ſcriptura, cui Iuris auctoritas deſit, aliquid adepturum. Secundum hoc Divi Severus & Antoninus ſæpiſſimè reſcripſerunt. *Licet enim* (inquiunt) *legibus ſoluti ſimus, attamen legibus vivimus.* Conſentit, *l. 3. & 20. Cod. de Teſtament. l. 23. de legat. 3.* Hæc omnia jura, de uno eodemque caſu loquentia, explicant *Legem digna vox. 4.* Nempè quamvis Imperator legibus ſit ſolutus, tamen eâ poteſtate non utitur, in detrimentum & incommodum ſubditorum: ſicque ex imperfecto Teſtamento nihil capit, cùm dignitas ejus non efflagitet, ut tali jure utatur. Videretur enim captare, & inhiare hereditatibus alienis. Nec etiam neceſſitas Reipublicæ efflagitat illud. Nec item eſt æquum, ut Imp. hîc legum ſolutâ poteſtate, vel etiam privilegio ſingulari utatur. Poſſet quidem ſibi dare tale privilegium Princeps, ut valerent in ejus favorem Teſtamenta, ratione ſolemnitatis minus perfecta: ſed noluit. Sicque viciſſim, Donationibus Imperialibus, ſi vel Imperatori aut Auguſtæ, vel ab his in alios conferantur, multiplicia privilegia præſtita ſunt. Ut quod filio aut filiæfamilias factæ, non quærantur patri, etiam quoad uſumfructum: oportet enim principales liberalitates, culmen præcipuum habere. *l. cùm multa 7. Cod. d bon. quæ liber.* Idem reſcribit Imp. Iuſtinianus *in l. 26. C. d. don. inter vir. & ux.* Sic Imperiales donationes, indignantur fieri, ſub obſervatione monumentorum. *l. ſancimus. 34. pr. verſ. exceptis. C. d. donat.* ut & à privatis, in Principem, etiam ceſſantibus actis, donatio fit ritè, *auth. item C. d. t.* Omnia eam ob cauſam, quia nulli privatorum injuria fit, & Majeſtas requirit, ut nullæ donationes Imperatoriæ, egeant inſinuatione. Quid verò Princeps poſſit, circa ordinem proceſsûs: numque ex poteſtate ordinaria, in alicujus favorem reſcribere queat, ut ſpoliatus non ante omnia ſit reſtituendus, ſed ut de petitorio prius cognoſcatur, diſputat & id adfirmat Theſſaurus, *deciſ. 15.*

Digitized by Google

11. *Diſpenſatio.*

PRinceps, Senatus aut populus, dupliciter utitur abſolutâ poteſtate; in legibus mutandis, & contra eas diſpenſando: & diſpenſatio, mutatio quaſi particularis. Quod iterum fit dupliciter, expreſsè, vel tacitè. Et eſt etiam diſpenſatio remiſſio pœnæ, de qua egi *tract. de politicis Maieſt. Juribus cap. 3.* & meritò retuli inter jura Majeſtatis. Variæ autem ſuboriri ſolent concertationes, ubi limitata eſt principum poteſtas; ſeu ſtatus, ut Politici vocant, mixtus exiſtit. v. gr. Romanorum Imperator non poteſt turbare ſtatus in jurisdictionis illis conceſſæ exercitatione. E. videtur, eum non poſſe gratiam facere delinquentibus in territorio Principis cujuſdam. vide quæ dubitativè dixi *in d. cap. num. 4.* Sed poteſt omninò, ſi non ſint capti. At *quid eſt, ſi ita quis gratiam acquirat, ut poſſit habitare in territorio, ubi deliquit?* quod eſt majoris dubitationis. Item ſi ſint capti, videtur Imperatorem poſſe eis gratiam impertiri, ut dimittantur. Sic ſi princeps privilegium det, ne cauſæ tàm civiles, quàm criminales, extra aliquam Provinciam extrahantur: ſed ibi debitè terminentur. Is nihilominus poteſt etiam abſens gratiam facere delinquenti. Quia hæc Lex municipalis, intelligi debet de cauſis, quæ requirunt cauſæ cognitionem: ideò quod in eis verſatur intereſſe partis in judicio inducibilis, ut decidit Lud. à Peguera. *deciſ. 18.* Hæc deduci poſſunt ad Cæſarem extra Imperium verſantem, qui etiam obſtrictus eſt in Germania terminare cauſas. Quod ſcil. hoc non impedire queat gratioſas conceſſiones. Illud verò ante omnia puto ſtatuendum eſſe, quod & Ariſtotel. *in Pol.* monet, in unaquaque Republica, hanc præ omnibus legibus habendam, ut quantum fieri poteſt, leges ſerventur. Nec putet Princeps ſibi licere diſpenſare in legibus, niſi urgenti de cauſa, & neceſſaria. Nulla namque perniciosior conſuetudo in quavis Republica induci poteſt, quàm hæc legum inobſervantia, quas ſanctas majores eſſe voluerunt, earumque poteſtatem venerandam & Divinam appellârunt.

12. *Æquitas.*

ALiud eſt diſpenſatio, quæ Majeſtati adnumeratur, aliud interpretatio ex æquitate, etiam judicibus conceſſa. Nam æquè

què

Digitized by Google

què ac ſubditi omnes, ſic & judices ac Magiſtratus, regulariter legem obſervare tenentur. Sicque Dionyſ. Caſſius *lib. 53.* ſcribit: *Auguſtus Cæſar inter cætera gubernandi præcepta, quæ ſuis ſubditis primò imponenda curavit, fuiſſe legum integram obſervationem, earundemque immutabilitatem, ita ut nullâ ratione liceret eis aliquid ab illis detrahere, nec alio modo eas violare, etiamſi ob aliquam ſui mutationem meliores longè fuiſſe, & in meliorem conditionem converti poſſe, eis videretur. Imò etiam licet aliquo modo eas pernitioſas viderent, nedum ſemel iam ſancitas diſſolvere permitterent.* Quod & reperitur *in can. erit. 2. in fin. diſtinct. 4.* ibi: *Iſta conſideranda ſunt, quòd cùm leges inſtitutæ fuerint, non erit liberum, de ipſis iudicare, ſed oportebit iudicare ſecundum ipſas.* Si ergò ratione ἐπιεικείας, ſeu æquitatis, liceret facere contra legem, ſequeretur, quod non judicaretur ſecundum legem. At judices in mandatis habent, quod ſecundum leges judicent, *l. nemo Iudex. 13. C. de ſentent. & interlocut. omn. Iud.* ibi: *cùm non exemplis, ſed legibus iudicandum ſit.* In tantum Ergò non procedit æquitatis vis (de qua *in l placuit. 8.* ubi Gothofr. *C. de Iudic. l. ſi res. 8. C. ad exhib.*) ut legem iniquè ſcriptam, ſpernat Iudex vel JC. vid. *l 1. C. de legib. l 1. §. 4. in fin. ff. ad SC. Turpill.* adde Nevizan. *in Sylv. nupt. 5. n. 68. & 88.* Fachinæ. *1. controv. cap. 3.* At ſi lex univerſalis, quæ ut in pluribus rectitudinem continet, deficit in aliquo particulari ſingularibusque circumſtantiis informato caſu; tunc & obſervatio illius legis declinat, & in illo caſu non ea eſt ſervanda. Imò per ἐπιείκειαν, illi caſui ſuccurritur faciendo contrarium ejus, quod lex univerſalis diſponit, vid. Ariſtot. *lib. 5. Ethic. cap. 10.* Verbi cauſa, lex naturalis depoſiti exigit, quod depoſita reddantur. *l. 1. ff. depoſ.* Quæ tamen quandoque, ſi redderetur depoſitum, iniqua eſſet. Exemplum ponitur *in l. bona fide. 31. ff. eod.* ubi habetur: quod hæc æquitas, non ſit æſtimanda ad merum jus gentium (ſcil. primævum) ſed & ex civilibus præceptis. Puta ſi reus capitalis judicii depoſuit: qui ſi deportetur, bona ei non ſunt reddenda, ſed in publicum deferenda. Item ſi latro ſpolia deponat, ea domino, non latroni ſunt reſtituenda. Namque ibi totius rei æquitatem, quæ ex omnibus perſonis, quæ negotio iſto continguntur, impletur, æſtimare decet. Sanè oportet aliquod directivum inveniri eorum operum, in quibus lex naturalis depoſitorum deficit, & hoc directivum vocatur, virtus æquitatis. Sed

omninò hic notandum: aliud eſſe, ſi deficiat lex propter univerſale contrariè, aliud ſi deficiat tantùm negativè. Peguera. *deciſ 51.* Contrariè autem deficit lex propter univerſale, quando evenit caſus, in quo non ſolum ceſſat ratio legis, ſed iniquè ageretur ſervando legem, ut patet in *d. l.* de reddendis depoſitis. Secus verò, quando ipſa lex deficit propter univerſale negativè tantùm. Quod evenit, quando accidit caſus, in quo ceſſat ratio legis. Exemplum eſt *in l. preſpexit. 12. qui & à quibus manumiſſ.* ubi ſancivit legislator, ne mancipia per manumiſſionem quæſtioni ſubducantur, idcircoque prohibuit ea manumitti: certumque diem præſtituit, intra quem manumittere non liceat. Ipſa igitur, quæ divertit, omnes omnimodo ſervos ſuos manumittere vel alienare prohibetur; quia ita verba faciunt, ut ne eum quidem ſervum, qui extra miniſterium ejus mulieris fuit, vel in agro vel in Provincia, poſſit manumittere vel alienare. Quod quidem perquam durum eſt, ſed ita lex ſcripta eſt. Sed etſi poſt divortium ſervum mulier paravit, aut aliâ ratione adquiſivit, æquè (quod ad verba attinet) manumittere non poterit. Et ita quoque Sextus Cæcilius adnotat. Item quando lex deficit propter obſcuritatem, aut ambiguitatem: Tunc principis eſt, legem interpretari.

TIT. IV.
DE CONSTIT. PRINCIP.

13. *Princeps quando privilegia poſſit abrogare?*

PRivilegia, ſunt privæ, ſeu privatæ Leges: puta non omnes univerſim, ſed certa hominum aut rerum genera vel etiam in ſpecie unam rem, perſonamvè concernentes. Princeps privilegia dat, & hoc eſt jus Majeſtatis. Hocque jus Lege XII. Tab. *privilegia ne irroganto*, ademptum populo Romano fuit: ſed ex politico arcano: Ne populus ſciat ſe omnia poſſe, ſicque ſuâ abutatur poteſtate. Ut verò abſolutam poteſtatem habent Principes in Legibus univerſalibus abrogandis, aut contra eas diſpenſandi: Ita quæritur, an hoc idem dicendum de privilgiis ſit? Quæ quæſtio, in ſtatu mixto, haut rarò occurrit, & inter Principes ac ſtatus aliaſque univerſitates, ſubinde magnæ oriuntur lites. Ego quidem

quidem hâc de re, etiam *ad fin. mei tr. de ſtatu mixto*, egi: ſed repetam hîc, quæ tradit Rauchbar. *2. quæſt. 11.* & addi poſſunt, quæ Carolus Tapia habet, *ad l. fin. ff. de conſt. Princip. cap. 9.* Verùm hæc res dijudicanda eſt ex varietate Privilegiorum. Quædam ſunt conventionalia (factionata vel titulata ea nuncupantur) quæ mediante contractu vel facto, juſto titulo, ex cauſa oneroſa, puta ob aliquod factum, vel dationem præſentem vel futuram, impletam aut implendam, conceſſa, & acquiſita ſunt. Et hujuſmodi privilegia etſi ſubditis data fuerint, ne quidem à ſupremo Principe, ex poteſtatis plenitudine, ut loquuntur, multò minus ab inferioribus Principibus abſque juſta & legitima cauſa retractari, revocari, abrogari, mutari, alterari, innovari, modificari, aut imminui queunt. Princeps enim, cùm naturæ & gentium jure, ſolutam non habeat poteſtatem, pactis aut contractibus, ſive cum ſubditis, ſivè cum extraneis ea ineat; æquè ut privatus, imò arctius obligatur, *l. 1. §. 1. cum ſeq. d. off procur. Caſ l. Cæſar. 15. d. publican. l pen. C. d. donat. int vir. & uxor. l. benè à Zenone. 3. C. d. quadr præſcript. l 2. C. ne fiſcus rem, quam vendidit. lib. 10. l prædia 5. C. de locat. prædior. civil. lib. 11.* Talia autem privilegia vulgò judicantur, quæ non ſubditis conceduntur. Rauchbar. *d. quæſt. 11. n. 8.* Sed hoc ego adprobare non poſſum. Si enim Princeps extraneis, v. g. Mercatoribus, gratioſum privilegium det, tunc ego illud revocari poſſe ex cauſa puto. Nam etiam in extraneos, ſuo in territorio verſantes & negotiantes, plenam poteſtatem habet, ut dico *in tr. d. Civib.* Sunt verò privilegia quædam, vim habentia donationis, nec ea revocari poſſe puto, nimirum ſi aliquis nobilis creetur, doctor fiat; Academia, Eccleſia fundetur, &c. Nam & donationes jure gentium irrevocabilem obtinent vigorem. *l. 1. §. 1. de precar.* His aggrego privilegia jurata: exemplo Gibeonitarum, quibus Ioſua pacem juratam dedit, & Saul cùm violavit, graviter punitus fuit. Irrevocabilia quoque ſunt quæ Electoribus, Principibus & reliquis Statibus data ſunt in Aurea Bulla, ac aliis S. Romani Imperii ſanctionibus, in quas Imperator & Status, tanquam per viam contractus, mutuo conſenſerunt, Ord. Cam. *part. 2. tit. 20 & 35.* Et talia omnia ſunt, ſi quæ vim habent fundamentalium legum. Eaque cenſentur, ſi Princeps in regiminis exordio, ad privilegiorum conſervationem ſeſe obſtrinxerit, vel eam ultrò ſubditis promiſerit. Privilegia verò ſimplicia & merè gratioſa ſunt, quæ Prin-

ceps ſubditis, aut quoque aliis, ex benigna & propenſa voluntate, munificentia aut liberalitate, per gratię modum indulſit; quorum abrogatio, revocatio vel antiquatio, ita Principis ſuperiorem non recognoſcentis arbitrio, & voluntati permittitur, ut ipſi ex poteſtatis plenitudine integrum & liberum ſit, hujuſmodi privilegia abſque cauſa, ſubditis etiam ignorantibus, invitis vel reluctantibus adimere, *c. pen. de praſcript.* Quia ut dixi, ſunt privatæ leges, & æquè ut univerſales, revocari poſſunt. Hocque fieri poteſt ab inferiori, ſi is privilegium conceſſit. Licet diſſentiat Rauchbar. *d. q. n. 28. & n. 131 &c.* Nam licet non habeant abſolutam poteſtatem, tamen pro ea poteſtate, quâ privilegia dare poſſunt, ex contrario eadem revocare queunt; & hinc petunt confirmationem privilegiorum à ſucceſſore: qui anteceſſoris legibus non ligatur. Quem morem vetuſtiſſimum, & ex inſtituto Tiberii eſſe, ex Suetonio, Aurelio, Victore, & Dion. *in Tito*, demonſtrat Cujac. *in c. cùm dilecta. 4. de confir. ut. vel inut.* Hæcque confirmatio non neceſſaria eſt, in caſu, ubi privilegia irrevocabilia ſunt: ſed majoris cautelæ ergò peti poſſunt. Ac ſucceſſor etiam ex electione, tenetur ex facto anteceſſoris. ego *tr. d. ſucc. & elect.* Quæritur item, num privilegia remuneratoria ſint irrevocabilia? hoc cenſet cum communi Rauchb. *d. q. n. 12. &c.* Et verò donationes antidorales, nullo in caſu, ne quidem ingratitudinis prætextu, revocantur. Sed tamen omnia privilegia ob benè merita data, non donationes videntur, ſed potius precariæ conceſſiones. Nam aliàs nulla privilegia ferè revocabilia eſſent. vide omnin. Rauchbar. *d. q. 11. n. 128 &c.* Et cautela eſt, eam revocationem ſibi reſervare. Quæ clauſula reſervatoria privilegiis vel ſtatutis opificum, ut plurimum hodie ſubjici ſolet: Jedoch behalten wir uns bevor/ dieſelben zuverändern/ zuverbeſſern/ zuvermehren/ zuvermindern/ oder auch gänzlich abzuthun/ und auffzuheben. Tum enim precariò conceſſa videntur, & proinde nudâ Principis voluntate, etiam abſq; cauſa, revocantur. *l. 1. de precar.* Gail. *2 obſ. 60. n. 15.* cùm nemini injuriam faciat, qui jure ſibi reſervato utitur. *l. injuriarum. 13. §. idem. 5. d. iniur. & tit. C. de don. quæ ſub mod. vel cond.* In dubio tn. princeps, per privilegium aut legem poſteriorem, non cenſetur privilegia revocâſſe. Menoch. *6. præſ. 40.* Et nec id ſine rationabili cauſa facile fieri debet, non quod ſint donationes, ut cenſet Rauchbar. *n. 35. &c.* Nam ſi tales eſſent, non revocari poſ-

ſent

Digitized by Google

ſent ſine cauſa: puta ex delicto, vel ſummâ Reipublicæ neceſſitate id urgente, quo in caſu etiam Contractus revocari queunt. Sed quia inhoneſtum eſt, & ſubditos malè contentos reddit, beneficia etiam gratuita & revocabilia, adimere ſine cauſa. Bald. *conſ.327. num 3. & 4. p.1.* ubi inquit Cœleſtinum Pontificem reputatum fuiſſe pro animali irrationali, non homine, propterea, quod gratiam, quam conceſſerat manè, veſperi ejuſdem diei revocare ſolitus fuerit. Pariter quoque Leges mutandæ facilè non ſunt. *l. 2. de conſt. princ.* Ac licet aliàs hujuſmodi privilegia, ut plurimùm, pollicitationem annexam habent, quâ declarat & recipit Princeps ſe privilegia iſta ſubditis conſervaturum, & ſi quid alii contra moliti fuerint, eorum defenſionem & patrocinium ſuſcepturum eſſe, daß er ſie bey ſolchen Privilegien/ Freyheiten und Begnadungen wider männiglich ſchützen und handhaben wölle/ ꝛc. Nam hæc intelligi debent reſpectu aliorum, non loquentis: quia nemo ſibi legem imponere cenſetur, à qua nequeat recedere. *l. pen. d. recept. arbitr. cum ſimil.* Ac quòd privilegia ſi revocantur, mandata pœnalia in Camera contra Status impetrantur. Ord. Cam. *part. 2. cap. 23.* Rauchbar. *d quæſt. 11. num. 76.* Hoc intelligo de iis, quæ vim irrevocabilem habent. Porrò autem privilegia ſua, etiam irrevocabilia, interpretatur Princeps: nam ſibi ipſi jus dicere poteſt. *l. & hoc Tiberius. 41. de hered. inſtit.* Nec hic, ſi inter Imperatorem & Status lis ſit, Palatinus poteſt eſſe judex, ut cenſet Rauchbar. *d. quæſt. 11. num. fin.* ſed in Comitiis agendum hâc de re erit. At ſi de mente & ſenſu eorum inter ſubditos contentio oriatur, concedens adiri debet, *l. ex facto 43. in princ. d. vulg. & pupill. l.* Neratius *191. d. R. I.* Quamobrem & cauſæ privilegiorum Cæſareorum, in prima Inſtantia ad Cameram Imperialem, quæ Cæſarem quoad contentioſam Iuriſdictionem repræſentat, ſpectant & pertinent: cùm ſolus Imperator, qui privilegium dedit, de eo cognoſcere poſſit. Gail. *lib. 1. obſ. 1. num. 7.* Petr. Frider. *lib. 1. proceſſ. cap. 20. in pr.* Verùm ſi de privilegii ambigui interpretatione Princeps ipſe cum Civitatibus, vel ſubditis ſuis controverſiam habeat, hæc ex legum Imperii præſcripto, vel coram privilegiatis primæ Inſtantiæ Iudicibus, ſi ſcilic. ſubditi Principem ſuum convenire, aut in Curia, vel Curiali judicio Principis, ſi ibidem experiri maluerint, vel in Camera Imperiali, ſi Princeps contra ſubditos agat, ventilatur, Ord. Cam.

part. 2.

Google

part. 2. tit. 4. §. fin. Gail. *lib. 1. obſ. 1. num. 18. & 19.* Mynſing. *cent. 5. obſ. 1.* Petr. Frider. *1. de proceſſ. in Cam. extr. cap. 16. num. 9. & 10.* Schwanmann. *in proceſſ. Camer. Imp. tit. 1. d. Jud. obſ. 1. num. 7. in addit.* Verùm cauſæ revocationis etiam irrevocabilium privilegiorum ſunt (1.) delictum grande, atrox, enorme, contra privilegiantem: præſertim crimen Majeſtatis. *l. 1. verſ. omnem enim huiuſmodi honorem, reatus &c. ubi Senat. vel Clariſſ l. 1. C. d. heret. l. filio. 48. §. 1. d. rit. nupt. cap. ad aures. c. in quibuſdam d. pœn.* Privilegium enim amittit, qui in illud committit. *l. ſedſi ex parte 4. §. quanquam. 2 quod cum eo qui in alien. poteſt. l. auxilium. 37. d. minor. 25. ann. l. relegatorum. 7. in fin. d. interdict. & releg.* Ita nil frequentius, quàm ut oppidis, pagis, Univerſitatibus, imò territoriis & regnis, propter delicta, privilegia adimantur. Ubi tamen obſervandæ ſunt rationes & mitigationes, quas in pœnis univerſitatum alibi dixi obſervandas eſſe. (2.) Si in abuſum rapiantur. Privilegium enim meretur amittere, qui permiſsâ ſibi abutitur poteſtate. *c. privilegium. 11. quæſt. 3.* (3.) Si privilegia ipſo jure nulla vel prorſus iniqua ſint: aut per ſub- & obreptionem impetrentur. *l. 2. l. 4. & ſeq. C. ſi contra ius vel util. publ.* Rauchbar. *num 81. &c.* Imò in Galliis tales gratias Parlamenta non curant. (4.) Si finalis cauſa ceſſet, iniquum eſſe incipiat, aut in alterius præjudicium vergat, Rauchbar. *num. 84. & item 90.* Sic in *c ſuggeſtum 9. d. decimis.* Privilegium conceſſum Ciſtertienſibus de Decimis non ſolvendis poſtquam cœpit tendere in grave Eccleſiæ Parochialis detrimentum, & ita ex cauſa de novo emergente, vel ſuperveniente ac ante non cogitata, ab Alexandro III. Pontifice revocatum fuit. vide Auream Bullam Caroli IV. ſub tit. von Widerruffung der Freyheiten. Nam & privilegiis tacitè ineſt hæc clauſula: *rebus ſic ſtantibus, & in eodem ſtatu permanentibus.* (5.) Si revocatio illa, reſpiciat ad publicam utilitatem. *l. quodſemel. 5. d. decret. ab ord fac.* Sed tamen Rauchbar. *num. 92, 94. & ſeq.* has cauſas non vult admittere in privilegiis conventionalibus: ac urget, ut æſtimatio privilegiorum & jurium præſtetur. Poſtremò revocari quoque privilegium poteſt, ſi jam ante per non uſum aut negligentiam, vel per contraventionem aut tacitam renunciationem fuerit amiſſum: quod tamen variè limitat Rauchbar. *ſap. d. quæſt. 11. num. 100. &c.* & vid. Don. Garſ. Maſtrill. *lib. 1. Deciſ. 96.* Qui idem Rauchbar. *quæſt. 12. mox ſeq.* caſum proponit, in quo facul-

facultas aliquid faciendi permiſſa alterius libero arbitrio, non utendo, haud amitti cenſetur; puta, ſi alicui conceſſa ſit cereviſiæ coquendæ facultas: quod cùm ſit meræ facultatis, per non uſum amitti nequit. Item Privilegium conceſſum univerſitati, per non uſum vel conventionem ſingulorum, haud amittitur. Attamen per uſum & poſſeſſionem ſingulorum retinetur, ac conſervatur.

Libuit hìc addere, quæ Joh. Georgius Beſoldus, Frater meus p. m. de Legibus, Privilegiis, Diſpenſationibus, &c. olim propoſuit pro Lectione, in Collegio Illuſtri, quod eſt Tubingæ.

INter majora Regalia, quibus ſupereminet Majeſtas, primum ſeſe offert, atque tanquam præcipuum Maieſtatis caput ſeſe extollit, generales Leges condendi ampliſſima facultas. §. *ſed & quod Princıpi. 6. Inſt. de Jur. nat. Gent. & Civ. l. fin. C. de legib.* Bodinus *de Republ. cap. 10.* Roſenthal. *de feud. cap. 5 concl. 2. n. 4.* In lege quippe anima quaſi conſiſtit Reipublicæ, hæc eſt omnium Divinarum, humanarumque rerum Regina. *l. 2. ff. de legibus.* quâ tanquam communi præceptô admonentur ſubditi, quid fieri, quid vitari, quis ordo, quod officium ſit Magiſtratuum; quid debeat ſubjectus ſuo Principi, quid hic ab eo viciſſim expectare audeat, quis Pacis, Bellive tenor ſit &c. Quæ cum omnia complexu ſuo veneranda lex coerceat, atque in ea, ceu immoto fundamento, totius Reipublicæ ſalus conſiſtat, ab eo non immeritò proficiſci debet, cui ipſa Respublica commiſſa eſt: & penes quem eſt dominium, penes eum collocari debent Inſtrumenta dominandi, nimirum & leges. Henning. Arniſæus *de Maieſt. lib. 2. cap. 3. in pr.* Romani Imperatores ſoli Leges atque Conſtitutiones in toto valituras Imperio, præſcribebant. *l. 2. §. ſed quia. 18. C. de vet. Jur. enucl. Conſt. tanta. §. ſed quia. 18. de confir. ff.* ubi Imperator ait: *Ideò imperialem fortunam rebus humanis Deus propoſuit, ut poſſet omnia, quæ noviter contingunt, & emendare & componere, & modis & regulis competentibus tradere.* Hodiè tamen in Imperio Romano Germanico, Imperator in Legibus ferendis,

Digitized by Google

ſolo non utitur proprio arbitrio; ſed in ſolicitudinis partem Electores, cœterosque Imperii vocat Ordines, quorum aſſenſum & Conſilium, Imperii explorat in Comitiis; quod ex Receſſibus Imperialibus colligitur, in quibus plerunque hæc inveniuntur verba: So haben wir uns mit den Ständen/ und ſie hinwiderumb ſich mit uns verglichen ꝛc. Treutler. *1. diſput. 1. theſ. 5. lit. e.* Et inde leges in iis confectæ, Receſſus Imperii, Reichs Abſchied (quod vocabulum, Ordinum cum Imperatore in idem placitum, conventionem denotat liberam) appellantur. Goldaſt. *Conſtit. Imperial. 3. pag. m. 133. & pag. 154.* Cluten. *in ſyllog. rer. quotidian. theſ. 21.* Ex eo autem Majeſtati Cæſareæ nulla detractio; ſed legitimæ ſimul & æquiſſimæ gubernationis, nota & formula reſultat, Matth. Stephan. *tract. de Juriſdict. 2. part. 1. cap. 1. membr. 2. num. 10. & ſeqq.* Nec hoc adeò novum eſſe, exiſtimandum, cùm in Capitulis Caroli Magni, *cap. 21.* diſertis conſtitutum ſit verbis, nullas ab Imperatore factas conſtitutiones valere, niſi in Comitiis rogentur, & ubi placuerint, omnium Ordinum conſenſu confirmentur, & ſubſcriptionibus roborentur. Quin priores etiam Romanorum Imperatores, florente adhuc Republicâ, & quorum latius ſeſe extendebat poteſtas, tùm demùm generalem legem valere voluerunt, ſi Senatui & Patribus conſcriptis placuerit: optimè cognoſcentes, quod cum eorum conſilio fuerit ordinatum, id ad felicitatem Imperii, gloriamque Cæſaream redundare. *l. humanum. 8. C. de legib.* Quidam etiam exiſtimant, quemlibet leges ferendi poteſtatem habentem, abſque Civium & ſubditorum aſſenſu, exercere eandem haud poſſe. Becan. *Schol. Theol part. 2. tract. 3. cap. 6. quaeſt. 8.* Quod æquitatis & humanitatis rationem habet; ſed fortaſſis non ab omnibus ſummis Rerumpublicarum Moderatoribus admittitur, quamvis id noſtro Imperatori accommodari ritè poſſit. Hæcque Univerſalis Legis condendæ poteſtas, in alium transferri nequit. Lancellot. *Templ. omn. Judic. 1. cap. 1. §. Legem generalem condit* Matth. Stephan. *alleg. in loco.* Huc referunt frequentem Imperatorum Clauſulam, quâ ex plenitudine poteſtatis aliquid fieri innuunt; quam poteſtatem hiſce Regalibus accenſet Zaſius. *2. conſ. 16. num. 12.* Sixtin. *de Regalib. 1. cap. 2. num 8.* Camman. *de Maieſtat. Diſputat. 4. theſ. 11.* Quæ tamen fortaſſis ad generalem Imperii adminiſtrationem refertur rectiùs. Porrò, leges hæ non ſolâ auctoritate & opi-

opinione hominum; ſed ratione ut ſuſtineantur, neceſſe eſt. Quatum inconcuſſa firmitas etiam in conſcientia, non minùs quàm lex Divina, obligat. Bellarmin. *de membris Eccleſ. militantis, lib. 2. cap. 11.* Vaſquez. *1. controv. 28 & ſeq.* Tholoſ. *de Rep. cap. 2. n. 5.* hæ ſine culpa non negliguntur, ſine crimine non contemnuntur, niſi lex aliud ſuadeat divina, cui humana ſanctio, meritò locum concedere debet. Quod porrigo etiam ad leges merè civiles. Reges ſunt miniſtri Dei, ab illo auctoritatem habent, & ejus loco judicant. Et ideò neceſſe eſt, ut quis ſubditus ſit, legibusque civilibus pareat; non ſolùm propter pœnam externam, ſed etiam propter conſcientiam, teſte Petro Apoſtolo &c. Cœterùm, ad quem leges ſanciendi ſpectat poteſtas, eidem quoque interpretandi competit facultas, *l. ult. §. 1. C. de leg.* Nam tam conditor, quàm interpres ſolus Imperator juſtè exiſtimatur. *l. fin. C. de leg. Conſtit. tanta. §. hoc autem. 21 de confirm. ff.* & unde jus prodiit, interpretatio quoque procedat, conſentaneum eſt. *cap. inter alia. 31. ext. de ſentent. com.* Dn. Bocer. *tract. de Regal. c. 3. num. 66.* Quam quidem omnem interpretandi licentiam, Iudicibus ademptam eſſe, putandum non eſt, cum iiſdem in obſcuris æquitatem eligere, atque à caſu in lege deciſo, ad ſimilia procedere permiſſum ſit. *l placuit. 8. Cod. de Iudic. l. non poſſunt. 12. & l. nam. 13. ff. de leg. §. reſponſa 8. Inſt. d. I. N. G. & Civ.* Sed ea ſolùm Interpretatio Imperiali convenit majeſtati, quæ hâc ratione interponitur, ut pro jure habeatur. Lancellot. Conr. *in Templ. Iud 1. cap. 1. §. 3.* Modit. *in deciſ. § lex. dubit. 15.* Vel quando legis adeò obſcurus eſt ſenſus, ut nullâ omninò ratione elici poſſit vera ejus ſententia, Anton. Faber. *in Rational. ad l 8. ff. de leg.* Camman. *de Iur. maieſt. diſp. 4. theſ. 105.* Ad leges ferendi facultatem, legum veterum confirmatio, quoque refertur. *l. 2 C. de decur.* Quin etiam huic juri, legem abrogandi vel tollendi poteſtas cohæret. Arniſ. *de Iur. maieſt lib 2. cap. 3. num 4.* Legum quidem divinarum ſemper firma permanet auctoritas, quam nulla diſpenſandi, nulla limitandi lubido convellere debet. *c. cum tanto. fin. ext. de conſuet.* & ibi Roch. *ſect. 2. num. 3.* De naturali & gentium Iure idem eſt judicium, cùm ex iis eluceſcat divinæ mentis ſcintilla, poſt lapſum hominibus relicta, quâ bona à malis, honeſta à turpibus, decenter ſecernimus: hanc naturalem facultatem delere, Principis non eſt in poteſtate; ſed jus inde

Digitized by Google

provenienſ immutabilem atque perpetuam obtinet firmitatem. *§. ſed naturalia quidem Jura. 11. Inſt. de Jur. Nat. G. & Civil. §. ult. Inſtit. de leg. agnat. tut.* Quin tamen Princeps eaſdem temperare, atque varietate circumſtantiarum ſuadente, declarare queat, non ambigitur. *l. Jus civile. 6. in pr. ff. de juſt. & iur. l. minimè. 35. ff. de relig. & ſumpt. fun.* Menoch. *1. conſ. 100.* Arniſ. *d. cap. 3. num. 13.* Civiles verò mutari, abrogari & tolli poſſe ab eo, qui principem in Republica obtinet locum, extra dubitationis aleam poſitum eſt, *l. de quibus 32. in fin. de leg.* Quod tamen, Romanum ſi ſpectemus Imperatorem, cum moderatione quadam intelligendum, cui legum fundamentalium correctio omninò interdicta: ejuſque poteſtatem in legibus tam ferendis, quàm mutandis. iiſdem cancellis incluſam eſſe videtur. Verùm, cùm legum condendarum facultas, in Imperatoris reſideat majeſtate, inferioris autem conditionis Principibus, Ducibus, Marchionibus, Comitibus, ac Civitatibus etiam liberis, quin & Nobilibus Imperio immediatè ſubjectis, pro modo & ratione Iuriſdictionis eis competentis, licita ſit ſtatutorum confectio, per ea quæ trad. Conr. von Einſidel/ *tract. de Regal cap. 2. num. 7.* & præcipuè Nicol. Betſius, *tract. de pact. famil. illuſtr. cap. 2.* diſquirendum inde eſt, an in ſtatutorum promulgatione, Imperatoris exigatur confirmatio? Et quamvis juriſdictio omnis ab Imperiali procedere videatur culmine, eique poteſtas condendi ſtatuta connexa ſit; Vaſquez. *illuſtr. controverſ. cap. 34.* quia tamen prædicta juris dicendi facultas hereditaria quodammodo facta eſt, quocirca ſtatuta hæc noſtris moribus, proprio ſubſiſtunt jure, neque Cæſareo indigent auxilio. Heigius, *quæſt. 23. num. 31.* Etiamſi conſultiſſimum eſſe exiſtimetur, ut ſupremi Principis non aſpernetur auctoritas. Zaſius *in l. de quibus. num. 12. ff. de Legib.* Etenim cùm ſtatuta hæc ab extraneis judicibus non paſſim habeantur pro Lege; ſed in ſuperioribus tribunalibus ſæpius acri examinentur judicio; an ratione nitantur, & an tanquam æquitati conſona admittenda, atque ferenda in ſententia ſequenda? Menochius *de arbitrar. Jud. quæſt. 2. caſ. 82.* unicâ interveniente Cæſaris confirmatione, omnes hæ diſputationes facilè præcidi poſſunt. Nic. Betſius *in tract. de pact. famil. illuſtr. cap. 2.* Quid verò de ſubditis mediatis, non ab ipſo Imperatore; ſed ab alio Principe, vel Statu Imperii, juriſdictionem adeptis, dicendum? Et Betſius

dict.

dict. cap. ait: Cùm his non radicalis, ſed inſititia quædam juriſdictio, non proprietario, ſed uſufructuario potius jure competat; eoſdem ſine licentia immediatè ſuperioris, cujus beneficio juriſdictionem acceperunt, vel ſine ejus confirmatione, ſtatutorum confectione, ſubditis ullam parendi neceſſitatem, quoad cauſarum deciſionem, imponere non poſſe. Quod præſertim obtinet, ſi mediatus Status, contra ſuperioris Leges Statuta condere velit. vid. D. Bocer. *de Regalibus. 3. num. 62.* Conficiendorum quidem ſtatutorum poteſtas olim fuit reſtrictior, cùm ſolummodò præter Leges, non verò contra Leges communes fieri potuerint ſtatuta. *l. Prætor. 3. §. Divus Hadrianus. 5. ff. de ſepulchr. violat.* Vaſquius, *in tractat. de ſucceſſion. libr 1. §. 6. numer. 6. & 15.* Hodie verò Iuri derogare poſſunt communi. vid. Gail. *2. obſerv. 124. numer. 2.* Inde variæ de ſucceſſionibus ab inteſtato, de Teſtamentis, de Iure Retractus, & ſimilibus, locales præſcriptæ leges; inde maſculorum in favorem, multis in Provinciis Filiæ Dote contentæ ut ſint, nec æquo cum fratribus jure ſuccedant, jubentur. Indè quoque plerunque præcipitur judicibus, quòd deficiente demum ſtatuto, ex juris communis præſcripto controverſias dirimant. Excipio tamen publicas Imperii leges, communi Statuum ſuffragiò latas, quæ per Ordinum ſpecialia Statuta, facilè non poſſunt convelli; ſi præſertim munitæ ſint hæ Leges clauſulis derogatoriis (quod nimirum nullâ Lege contrariâ, vim ſuam perdere debeant) vel in generali Imperii lege cautum reperiatur, quod illa lex omninò & præcisè effectum ſortiri debeat. Schrader. *de feud. part. 10. ſection. 20. num. 140.* Hocque adeò verum eſt, ut talis univerſalis Lex, prædictis munita clauſulis, etiam priores conſuetudines, & localia Ordinum Statuta, auctore Schradero, *d. ſect. 20.* prorſus evertat. Cujuſmodi eſt lex, de Nepotum ſucceſſione, in Patruorum & Avunculorum hereditate, in Comitiis Imper. Spiræ *Anno 1529.* edita. Hæc porrò Statuta, extra ſtatuentis Territorium, ſeſe non extendunt: *l. fin. ff. de Juriſdict.* neque comprehendunt bona in alio ſita territorio. Modeſtin. Piſtor. *conſil. 20. num. 1. & num. 14. lib. 2.* Idque obtinet, ſive in rem, ſive in perſonam concepta ſint. Tiraqu. *de Jur. Primogen. quæſt. 46. num. 1. & ſeqq.* Moller. *lib. 1. Semeſtr. cap. 29. in fin.* Gail. *2. obſerv. 124.* Inde Defuncto diverſis in territoriis, bona immobilia poſſidenti, variè quoque, ſecundum

Digitized by Google

cujuslibet loci, ubi bona hæc hereditaria inveniuntur, ſpecialis legis tenorem ſucceditur. Gail. *alleg. obſervat.* Mynſing. *5. obſervat. 19.* quamvis Iacob Sculretus, *libr. 1. quaſt. pract. quaſt. 24. num. 5. & ſeqq.* non ineleganti adductâ ratione, diſſentire videatur: quod nimirum hereditas, ſive ſucceſſio hereditaria, non tam ad corpora rerum hereditatis, quàm ad univerſitatem Iuris reſpiciat, quod defunctus tempore mortis habuit: cùm non bona ipſa principaliter in ſucceſſione ſint; ſed univerſale defuncti Ius, quod ex Domicilio morientis æſtimetur. *l. hereditas. 50. in pr. ff. de petit. hered. l. nihil eſt aliud. 24. ff. de verb. ſignif.* quocirca jus hereditariæ ſucceſſionis metiri non oportet, ex unoquoque loco, in quo defunctus aliquid bonorum habuit; ſed ubi Domicilium ejus exiſtit. Tamen à priori, & receptâ non recedendum eſt opinione, quæ etiam in Principis noſtri Clementiſſimi ſupremo Conſiſtorio locum invenit. Quid autem, ſi moriens reditus perpetuos diverſis relinquat in Provinciis, num ſucceſſio ex Statuto loci, ubi reditus ſolvuntur, vel in quo defuncti conſtitutum fuit domicilium æſtimatur? Et ſi cenſus hi ſuper rebus immobilibus (ut plerumque fit) conſtituti ſint, tum juxta illius loci jura, in quo percipiuntur annuæ hæ penſiones, ſucceditur; ſin verò rei mobili innitantur prædicti hi reditus, tum ad domicilii leges reſpiciendum eſt. Ioh. Petr. Surd. *deciſ. 204. num. 9.* Frid. Mart. *tract. de an. redit. cap 1. num. 100.* Nec ab hac diſcedendum eſt concluſione, etſi annuæ hæ penſiones ita ſint conſtitutæ, ut venditori quandocunque velit, cenſum redimere liceat: quia incertum eſt, an & quando redimantur, nec ne; ea autem, quæ dubia & incerta ſunt, utrum ſint perpetua vel temporaria, intelliguntur eſſe perpetua. *text. in l. ſufficit. 56.* ubi Iaſ. *num. 2. ff. de condict. indeb.* Et paria omninò eſſe, aliquid in libera alterius conſiſtere voluntate, vel eſſe perpetuum, cenſet Alex. *conſ. 216. lib. 4.* hancque opinionem adprobat Tiraquell. *de retr. convent.* §. *2. gl. un. num 39.* Mynſing. *1. obſ. 69. num. 15.* & Iacob. Scultet. *in addit. ad deciſ. Modeſt. Piſtor. part. 3. quaſt. 124.* necquicquam diſſentiente Bernh. Græv. *2. obſ. 10. num. 10.* In mobilibus verò rebus, etiam in diverſis territoriis inventis, ſucceſſio ſecundum Leges loci, in quo defunctus domicilium habuit, & larem fovit, inſtituitur: Tiraquell. *de Jure Primogenit. num. 49.* etſi ſine cauſa, ut opinor, diſſentiat Georg. Everhard. *conſil. 41. num. 31. vol. 2.*

Hiſce

Hiſce præterea Legibus ſubjectæ etiam ſunt actiones & nomina defuncti. Iacob. Sculter. *lib. 1. pract. quaſt. q. 24.* Quia cenſent Dd. debita hæc, atque actiones perſonæ creditoris adhæreſcere. Zaſius *in §. omnium. num. 3. Inſt. de action.* Modeſt. Piſtor. *conſ. 31. num. 51. lib. 1.* tùm quia rem ipſam habere videmur, ſi nobis actionis legitimæ remedium, ad eandem conſequendam competat. Fich. *conſ. 48. num. 10. lib. 2.* Quamvis Iac. Sculter. Alexandri & Lapi authoritate ſubnixus, *in addit. ad Modeſt. Piſtor. lib. 3. qu. 124. num. 134.* diverſam, & ſibi ipſi contrariam opinionem defendendam ac in judicando ſequendam eſſe dicat. Cui eò minus adſtipulari, vel ejus ſententiæ in praxi locum dare poſſum; quia ob nomen & actiones, quæ quis diverſiſſimis ac plurimis ſæpiùs in locis relinquit, maxima oriretur confuſio, ſi ſingulæ locorum conſuetudines in ſuccedendo, ſequendæ eſſent. Sic pariter Teſtamenta, vel alia Inſtrumenta, etiam extra territorium, in quo confecta, vires extendunt. Nam quoad ſolemnitatem & formam cujuſcunque negotii, attenditur conſuetudo & ſtatutum loci, in quo actus celebratur. Sich. *ad l. 9. num. 8. Cod. de teſt.* & poſt Gail. Schæffer. *1. quaſt. 39. num. 7.*

De Privilegiis.

Cùm leges condere, ſolius ſit Imperatoris, utique & Privilegia in ejuſdem erunt manu. Solus is eſt univerſalis, ſolus ſpecialis juris conditor, auctorque. *l. 1. & l ultim. Cod. de leg. l. 1. §. idq; à Principe. 42. ff. de aqu. quot. & æſtiv.* Qui enim abrogare legem poteſt, cur non differre quoq; legem & ſuſpendere, in aliquo caſu queat? *arg. l. Princeps. 21. ff de R. I.* Imperii quidem ordinibus, privilegiorum introducendorum jus denegatum non eſt; ſed horum gratioſa conceſſio eò uſque intelligitur, quò uſque poteſtas illorum extenditur, *arg. l. Prohibere. 3. §. Planè. 4. ff. quod vi aut clam.* Imperatoris verò ut leges, ita etiam privilegia, ubique obtinere debent vigorem. Dn. Enenck. Baro, *tract. de privileg. lib. 1. cap. 4. num. 21. cum ſeqq.*

Privilegium autem eſt Ius ſingulare, Iuris communis certo in caſu relaxationem præbens. *l. Si non ſpeciali. 9. C. de teſt. l. Antiquitas 14. C. de uſufr. & h. ib.* Et aliud perſonæ, aliud rei conceditur. *l. privilegia. 196. ff. de R. I.* aliud Iuris publici, aliud privati remiſſionem continet. Omnia privilegia ex æquitate quâdam præ-

ſumpta

ſumpta nata ſunt, quæ ornat firmatque Imperium, Rempublicam conſervat, pulchréque humanam novit gubernare vitam. Nov. *163.* Sed privilegiorum largitio immodica, ea præſertim, quæ jus publicum concernit, omninò improbanda. Nam quid dignitatem & amplitudinem magis læſit, quàm privilegiorum inconſiderata conceſſio, quid ejuſdem vires magis debilitavit, quàm munerum & officiorum nimia relaxatio, vectigalium, & contributionum pernitioſa remiſſio? Inde factum, cùm ſub Friderico I. Imperatore (qui fiſci jura diligenter vindicavit) publici Imperii reditus, ad ſex auri milliones aſcenderent, hodie tamen nimia liberalitate, vel ſi dicere licet, profuſione, ut vix quicquam in reſiduo manere videamus. Trajan. Boccalini, *in pietra del Paragone Politico, fol. m. 45.* & Vietor, *in diſcurſ. de cauſ. exemptionum Imperii, concluſ. 17.* Ideò Privilegia & diſpenſationes vulnera Reipublicæ, non inconcinnè appellat Auguſtinus. *cap. ipſa pietas. 23. quæſt. 4.* Quo tamen ampliſſimis Imperii Ordinibus, qui dignitatis prærogativâ, & ob fortem ac fidelem in bello & pace navatam operam, privilegia vel obtinuerunt, vel priſca jura ac immunitates inconcuſsè ſervârunt, nihil omninò detractum volo.

Porrò, uſum & interpretationem privilegiorum quod attinet, ſciendum eſt, publicæ utilitati non facilè privilegium opponi poſſe: ea quippe cuilibet privilegio præferenda. Bald. *in l. jubemus. C. de Sacro Sanct. Eccleſ.* & privilegium generaliter indultum, caſum Reipubl. commodo adverſantem, haud includit. Hinc, Principe per ditionem ſuam cum exercitu tranſeunte, quocunque privilegio immunes, juſtam prætendere cauſam non poſſe, quo minus habitationes præbeant militibus, iisque frumenta juſto pretio concedant, dicit Ioh. de Platea. *ad tit. C. de quib. mun. nemini liceat ſe excuſar.* Alciat. *conſ. 8. in pr. & conſ. 185.* hocque etiam de militaribus præbendis, & pecunia neceſſitatis in caſu conferenda, tradit Coler. *conſ. 1. num. 270. cum ſeqq.* vid. quoque Auctores quos citat Tapia *de conſt. cap. 4. num. 111.* Nec in alterius damnum extendendum eſt privilegium: Princeps enim in dubio præjudicium tertio inferre voluiſſe, non cenſetur. *l. 2. §. meritò. 10. & §. ſi quis à Principe. 16. ff. ne quid in loco public. c. quamvis. de reſcript. lib. 6.* Alciat. *de præſumpt. reg. 3. præſ. 11.* Etſi conceſſio ex certa ſcientia, poteſtatiſque plenitudine, & motu fiat pro-

proprio, Carol. Tap. *de conſtit. Princip. cap. 2. num. 24. cum ſeqq.* vid. omninò Gail. *2. obſ. 1. & ibidem* Græve. Quocirca cùm in publicis muneribus ſuſtinendis, æqualis debeat eſſe inſpectio, privilegium in contrarium impetratum nullius eſt momenti: *l. qui immunitatem. 3. C. de mun. patrim. l. quicquid. 12. C. de vectig.* ne immunitas Reipublicæ cauſam deteriorem faciat, *l. cura. 4. in fin. de muner.* ſed poſſint omnes pro modo ſuarum facultatum, patrimonialia munera agnoſcere, & facilius publicis obſequiis pareatur. *l. 1. & l. fin. C. de muner. patrim.* Quinetiam immunitatum conceſſionibus hanc ineſſe prædicatur liberalitatem, ut quotiescunque eam Princeps alicui concedat, ejus portio in ipſius concedentis, non autem univerſitatis detrimentum imputetur, *l. actores. 4. Cod. de exactor. tribut. lib. 10.* Tapia, *de conſt. princip. cap. 4. num. 31.*

Cœterùm, privilegium ſi ſit odioſum, perſonale eſſe, præſumitur, Cravet. *conſil. 929. numer. 35.* & extinguitur cum perſona, ut nec ad filios tranſeat. Tap. *d. conſt. cap. 3. in princ.* Si tamen non perſonam, ſed rem, cauſam, locum, dignitatem, reſpiciat, feudivè mentio fiat, vel pecunia interveniat, ex contractu originem ducat; vel civitati, Collegio & cuilibet univerſitati conceſſum fuerit, reale eſſe cenſetur: ac poſteros, ut & quoscunque ſucceſſores etiam comprehendit. Cardin. Thuſc. *in pract. concluſ. Concl. Privilegium an reale vel perſonale cenſeatur. 743. & ſeqq. quatuor.* Georg. Everh. *conſ. 21. num. 8.* Hæcque privilegia, adverſus concedentem (niſi majeſtatis inde diminutio ſequatur, vel exemptio inducatur, Dec. *conſ. 233.*) latiſſimè debent interpretari, *l. pen. de conſtit. Princip. &c. olim de verb. ſign. l. 1. ad municip.* Georg. Everh. *conſ. 8. num. 11. & conſ. 26. num. 41. lib. 1.* Proinde talia privilegia extenduntur etiam ad bona, poſt conceſſionem quæſita, per text. *in cap. quia circa. 22. extr. de privilegiis.* ubi privilegium exemptionis à decimis, generaliter & indefinitè conceſſum, extenditur etiam ad poſſeſſiones poſtea adquiſitas. fac. *cap. ſ. §. ſi autem. de conceſſ. prabend. lib. 6.* Coler. *conſ. 1. n. 250.* Quod præſertim in augmento Ducatus, vel alterius territorii obtinet: hoc etenim eſt aliquid univerſale, in quo principalis etiam augmenti eadem eſt ratio. *l. grege. 21. ff. de leg. 1. l. etiam. 8. C. de iur. dot.* Undè privilegium habens tranſeundi per territorium alicujus, abſque ſolutione vectigalis, eo quoque frui debet in ditionibus,

nibus, poſt beneficii hujus impetrationem adquiſitis. Decian. *Reſp. 123. num. 71. vol. 3.* Illa verò, de qua loquimur, privilegiorum Interpretatio, penes Principem concedentem, meritò conſiſtere debet. *l. ex facto. 43.* & ibi Iaſ. ac Zaſ. *n. 6. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Coler. *conſ. 56. num. 72.* Inde ſolus Imperator de privilegio, cujus auctor eſſe agnoſcitur, judicare poterit. *c. cùm veniſſent. 12. extr. de iudic.* Si nimirum de privilegii vi & ſubſtantia diſceptetur, vel privilegium Imperatoris jus concernat, ut ex Baldo declarat Andr. Gail. *1. obſerv. 1. num. 13.* Idcircò violati privilegii ratione auguſtiſſimum Imperii tribunal (quod Cæſarem, contentioſæ juriſdictionis reſpectu, repræſentat, ac concurrentem cum eo obtinet juris dicendi facultatem) hanc cognitionem, etiam adverſus Imperio mediatè ſubjectos, ſibi vendicat. Gail. *dict. obſ. 1. num. 7.* Zanger. *de except. part. 2. c. 1. de except. incompetentiæ. num. 138.*

Confirmatio quoque Privilegiorum, ſuperioritatis ſignum & teſſeram refert. Bernh. Grav. *pract. concluſ. 2. concl. 1. in princip.* Andr. Knich. *de ſublim. & regio terr. iur. c. 3. n. 208.* Per hanc major additur cuilibet rei auctoritas; atq; eorum, qui variis artibus privilegia concutere & evertere nituntur, coercetur temeritas: à ſucceſſoribus præterea multoties repetita confirmatio, ex certa ſcientia, & motu proprio prodiiſſe intelligitur. Vult. *conſ. Marpurg. 35. n. 101. vol. 3.* Ut proinde haud ſpernenda videatur Imperialis confirmatio; quamvis eadem nihil novi tribuat, ſed ſecundum qualitatem diſpoſitionis confirmatæ, intelligenda ſit. Schrad. *de feud. p. 6. c. 3. n. 30.* Roſenthal. *de feud. c. 6. concl. 68. num. 1.* Cùm natura confirmationis ſit, firmitatem & robur conferre; non verò privilegium confirmatum extendere, *l. ex verbis. 14 C. d. donat. int. vir. uxor.* Baro Enenck. *d. privil. 3. cap. 20. n. 5. & 11.* Hinc Imperator, ſtatim poſt Electionem, antequam Imperii ſuſcipiat gubernacula, Electoribus privilegia & immunitates confirmare tenetur, A.B. Car. IV. *c. 2.* Cæſareæ autem majeſtatis ſplendor, qui in dandis illuceſcit privilegiis, in ademptione quoque eorundem haud obſcuratur: qui enim condidit, idem & deſtruere poteſt privilegium. *arg. l ſi merces. 25 §. vis maior. ff. loc.* Ac ſolius eſt Principis ſummi, privilegii à ſe conceſſi ablatio. Bald. *in l. 2. verſ. item nota. C. de ſerv. & aqua.* Quod aliis inferioribus Principibus non conceditur. G. Everh. *conſ. 18. n. 6. lib. 1.* Utrum v.

ſine

Digitized by Google

ſine diſcrimine hoc fiat, ex his, quæ ſubjiciũtur, adparebit. Et certè, cùm Principali auctoritate nemo circumſcribendus, *l. 1. C. de his, qui ven. at. impetrav.* nec quicquam ſit, quod clariore lumine præfulgeat, quàm recta in Principe fides, factorum dictorumque conſtantia, *l. inter claras 8. C. de ſumma Trin. & fid. cath.* Ac etiam in privatis reprehendatur, perfectam donationem revocare cupientium levitas. *l. ſi repetendi. 7. Cod. de condict. ob cauſam dat.* Inde Principis à Majeſtate aliena eſſe cenſetur privilegiorum à ſe conceſſorum ademptio, niſi juſta intercedat cauſa. Quid verò, *ſolane præcedens Principis liberalitas, juſtam adimendi Privilegii præbet cauſam?* Quod affirmat, aliorum adductus auctoritate, Matth. Steph. *d. iurid. lib. 2. p. 1. cap. 7. num. 29. & c. per text. in cap. ſuggeſtum. extr. de decim. cap. veniens. extr. de præſcript. cap. 1. ext. de cogn. ſpirit.* dicens: *Eo ipſo Principem nemini inferre iniuriam, cùm id duntaxat tollat, quod ſine cauſa antea conceſſerat: ac ſicut legem ſcriptam revocare poſſit; ita etiam privilegii, uti legem privatam, adimendi eidem facultatem competere.* Id quoque ſentit Carolus Tapia. *tract. de conſtit. Princip. cap. 9. num. 56.* Sed tamen deſultoria hæc voluntas, nullo omninò legitimæ cauſæ ſuffulta colore, Principum conſtantiæ fortaſſis non convenit: de quo videatur Baro Enenck. *3. de privil. cap. 7.* Et hanc receptam, priori loco relatam ſententiam defendit Molin. *lib. 5. de primogen. Hiſpan. cap. 3. num. 18.* Ejuſque argumenta, honeſtati quidem Principis convenire, poteſtatem tamen non tollere, cenſet Carol. Tap. *de conſtit. Princip. cap. 9. num. 56.* Quin & communis opinio, non leves patitur reſtrictiones, inter quas primùm ſeſe offert, quando privilegium jam ſortitum effectum: veluti ſi equitem, ſi Comitem Palatinum creaverit Princeps. Molin. *de primog. 1. cap. 25. num. 5.* Secunda reſtrictio in eo conſiſtit, ſi dominium translatum fuerit; Anton. Gabr. *titul. de iur. quæſito non tollend. concluſ. 7. num. 3.* Tertia limitandi ratio, ſi in Extraneum & non ſubditum collatum privilegium. Boſſius, *titul. de Princ. num. 15.* (4.) ſi hæc privilegii conceſſio cum feudo facta. Alex. *conſ. 31. num. 5. lib. 5.* (5.) Si privilegium mixtum cum jure communi impetratum fuerit; exemplum præbet jus Nundinarum; poſt Alciat. *Reſp. 23. num. 6. lib. 5.* Carol. Tap. (qui & alias recenſet exceptiones) *alleg. cap. 9. num. 70.*

Præterea non utendo amittitur privilegium, quod decen-

nii circumſcribunt tempore. per text. *in l.1. ff. de nundinis. & l. licitatio.9. §. earum 6. ff. de public. & vectig.* Bart. *ad d. l. 1.* ubi ait: Si Civitas prædicto temporis curſu, conceſſo jure Studii generalis, ſive ſcholaſticæ univerſitatis, non utatur, eandem amiſſionis ſubire periculum. Quod tamen dubitatione non caret: cùm Civitates, ut & Eccleſiæ, illud præcipuum habeant, ut non-uſus, ademptionis privilegii timorem haud inferat: Boſſ. *dict. titul. de Princip. num. 319.* Idque etiam obtinet, ſi privilegium in contractum abierit. Tap. *cap. 1 p. 2. num. 8.* vel ſeſe facultas utendi non obtulerit. *l. Et Attilicinus 35. de ſerv. ruſt. præd.* Bald. *de præſcript. quinq. ped. part. 4. quæſt. 4. numer. 3.* Porrò, privilegium ad tempus conceſſum, elapſo extingui tempore, ſollicitè ut admoneatur neceſſe non eſt, *cap. ſi propter. de reſcript. c. de cauſis. extr. d. off. deleg.* Inſuper & actus contrarius ſponte ſine prævia proteſtatione factus, privilegii amittendi cauſa eſt: Inde collectarum, aliorumque gravaminum onere immunis, præjudicium ſibi infert haud minimum, ſi ſeſe libro, cui ſolventium inſerta ſunt nomina, inſcribere patiatur. Anton. Gabriel. *lib. 6. recept. ſent. titul. de iur. immunit. concl. 1.* de quo videndus tamen Zaſ. *in l. ſi Stichum. 16. ff. de verbor. obligat.* Et illud quoque non obtinere in privilegio tractum habente ſucceſſivum, conſuetudinis vigore introducto, docet text. *in c. accedentibus. & cap. ſi de terra. extr. de privileg.* Georg. Everh. *conſil. 19. num. 16. vol. 2.* Delictum quoque juſtam adimendi privilegii cauſam adfert; ſi nimirum quis abutatur conceſſâ ſibi facultate, *cap. privilegium. c. ipſe. & c. plerumque. 11. quæſt. 3. c. gratum. extr. de poſtuland.* Si quis ingratus, contumax, ſi rebellis ſit: adeò, ut nec præcedentia benemerita legitimum excuſationis præſtent adminiculum. Finitâ etiam, ſive ceſſante causâ finali, non verò impulſivâ, privilegium ob eandem collatum, perimitur. *l. Athleta. §. 1. l. Geometra 22. l. & item. ff. de excuſatione tut.* Hinc, privilegium filiis propter parentes publici officii ratione conceſſum, mortuis parentibus expirare, tradit Salic. *in l. 2. num. 4. C. de epiſcop. & cler.* Covar. *variar. reſolut. lib. 1. cap. ult.* Quod obtinet, etſi cauſa hæc, ob cujus ceſſationem privilegii ablatio ſecuta eſt, poſtea iterum oriatur. Quocirca privilegia Civitati conceſſa, quæ eâ deſtructâ extincta fuerant, hâc deinde rurſus conſtructâ, priorem non recuperant vigorem, ut ex Alex. docet Tap. *cap. 4. n. 25.*

Quid

Quid verò, *an Concedentis Imperatoris obitu, privilegium, ab eo ortum, extinguit, atque Succeſſori iuſtam adimendi cauſam præbet?* Et cùm privilegia publicâ nitantur fide, rationeque principalis eminentiæ, officii, Imperii & jurisdictionis conferantur, proinde conſentaneum eſt, quod privilegia Succeſſores eodem vinculo & jure, quo Anteceſſores obligati erant, conſtringant. Baro Enenck. *de privileg. lib. 3. cap. 11. n. 44.* Hinc confirmationem privilegiorum utilem quidem, non tamen neceſſariam eſſe, ſuprà aſſerui, de quo plenius Georg. Everh. *conſ. 19. n. 49.* & D. Enenck. Baro. *d. cap. num. 60.*

De Diſpenſatione.

PRæthereà, de diſpenſatione, quâ jus commune certis in caſibus, certarumque perſonarum reſpectu, diſſolvitur, & relaxatur, ſi quædam ſubjiciantur, à privilegiorum tractatione haud longè abſceditur. Diſpenſare, gratiam alicui facere, ſignificat. Hacque diſpenſatio deſcribitur; quod ſit jus regale, quo legis generalis vigore manente, ipſiuſmet, in ſpeciali caſu, certisque perſonis, ex juſta ac ſufficienti cauſa, fit relaxatio. Iuſtam verò diſpenſationis cauſam non agnoſco, quæ legi Divinæ, quæ honeſtati & rationi contraria; jura tamen civilia (publicis Regni legibus exceptis) Principum arbitrio & diſpenſationis placito, ratione præſertim non repugnante (aliàs, concedens & impetrans diſpenſationem, etiam adverſus jus humanum, graviſſimo peccato ſeſe reddit obnoxium, Fortun. Garſ. *l. 1. in pr. de Iuſt. & Iur.* quem ſequitur etiam Ioh. Camman. *d. Maieſt. diſp. 4. theſ. 65.*) ſubjecta ſunt. Quocirca Principis in poteſtate non eſt matrimonii conſummati, extra fornicationis cauſam, diremptio: cùm præceptum illud, quos Deus conjunxit, homo non ſeparet, diſſolvere queat minimè. Sic nec Imperator, nec Pontifex, nec quilibet alius, qui ſupremæ poteſtatis plenitudinem ſibi arrogat, ex ulla cauſa, matrimonia in gradibus jure divino & gentium prohibitis, permittere poteſt. *cap. ex literis. extr. de reſtit. ſpoliat.* & ibid. Panorm. *n. 17.* Pruckm. *in §. ſoluta poteſtas, cap. 4. eff. 2. n. 41.* Si autem Princeps in ſuo territorio, alios quoſdam prohibitionis gradus, Iure Divino non prohibitos conſtituat; tùm ejuſdem conſiſtit in poteſtate, diſpoſitionem hanc, aliquibus remittere, & matrimonii fœdera concedere. Matth.

Digitized by Google

Steph. 3. *de Juriſd. p. 1. c. 3. n. 41. & cap. 14.* Hancce tamen diſpenſationis gratiam, in gradibus jure etiam poſitivo prohibitis, Princeps, nullâ urgente causâ, nemini facilè impertiri debet; ne legum viléſcat auctoritas, publicæque honeſtatis perperam relaxentur vincula. Hinc in Principis noſtri Eccleſiaſtico Conſiſtorio, duorum fratrum, aut ſororum liberi, ut matrimonium ineant, diſpenſationis privilegium obtinere non queunt. Bidembach. *de cauſ matrim. c. 7. p. 2 quæſt. 1.* Sed de his plura non addo, cùm ad Eccleſiaſticam Imperatoris poteſtatem, quâ ſingulari Zelo ferè non utitur Imperator, pertineant. Præterea, ſi quæritur: *num in Imperatoris poſitum ſit poteſtate, ut Teſtamentum ob defectum teſtium, aliarumque ſolemnitatum irritum, vires obtineat?* negativè reſpondendum erit; cùm jus quæſitum, nemini ſit auferendum. Huc pertinet quæſtio; *An Princeps alicui concedere poſſit, ne eius teſtamentum, ceu inoffícioſum, evertatur?* Quod rectè negat Pruckm. *in §. ſoluta poteſtas. fol. m. 702.* Item, *an Princeps cuiquam, ut omiſſo legitimo teſtium numero teſtetur, gratiam facere poſſit?* Bruckm. *pag. 715.* *An in agnatorum præiudicium, vaſalli filiam feudi capacem facere queat?* Pruckm. *pag. 332.*

Diſpenſatio porrò ea, quæ in pœnarum verſatur remiſſione, regalibus majeſtatis accenſetur: dum Imperator pœnis, communi jure criminibus præſtitutis, ſingulari privilegio aliquem eximit; *l. Lucius. 17. ad SC. Turp. §. ſed. 6. Inſt. de J. N. G. & C.* quod aliis non conceditur magiſtratibus. Alia enim eſt conditio magiſtratuum: eorum etenim corruptæ videntur eſſe ſententiæ, ſi legibus ſint mitiores; alia Principum eſt poteſtas, quos decet acrimoniam ſeveri Iuris inflectere, ut ait Symmach. *3. ep. 63.* Et quod Auguſtino teſte, ſtatutum eſt, ne liceat in reum datam ſententiam revocare: Numquid & ipſe Imperator ſub hac erit lege? Certè ipſi ſoli licet revocare ſententiam, & reum mortis abſolvere, ac ipſi ignoſcere. Et ſolius Principis honorem, in damnatorum reſtitutione, conſiſtere, ait Bald. *in l. cunctos populos. Cod. de Summ. Trin. & fid. cathol.* per text. *in l. 1. §. ult. ff. de quaſt. & l. moris. 9. §. iſte. 11. ff. de pœnis.* Sic Carolus V. Imperator, cùm Senatui Mediolanenſi, propter ſuam abſentiam, ſummam conceſſiſſet poteſtatem, prædictam tamen reſtitutionem ſibi retinuit. *in Conſtit. Mediol. de Senat.* Sic in Gallia, ſic in Ungaria, ſic in aliis quoque Regnis, hoc jus Reges ſibi præcipuum reſervant.

Regia

Regia tamen hæc, in condonandis pœnis voluntas, minimè vaga, ſed probabili cauſâ ac innocentiæ præſumptione ſubnixa, ratione que moderata, & non nimium frequens eſſe debet: ne ex impunitate ſcelerum, bella, peſtes & ſterilitates, quæ ultione ſceleratorum arcentur, accelerentur: vel in condonandis criminibus facilitas Principis extenuet gratiam, atque maleficorum augeat audaciam. Si verò fortuitò, ſi defendendi animo, ſi ob adverſarii provocationem inconſulta cædes (quamvis non plena innocentiæ adſit probatio) admiſſa, ſi ætatis, dementiæ, furoris, aut ſimilis non injuſta excuſatio accedat; Principis haud cohibenda eſt miſericordia, Clar. *in pract. crim. quæſt. 60.* Tiraquell. & Farin. *de pœn. temper. vel remitt. quæſt. 7. num. 23.* Nec ejuſdem ceſſat commiſeratio, ſi in leges Civiles peccatum, ſi furtum, vel aliud levius delictum fuerit commiſſum. Heig. *2. quæſt. 24. numer. 48.* Camm. *diſp. 4. theſ. 81.*

Quid autem, *ſi fur rupto deciderit laqueo, an impunitas ei concedenda?* Furis cauſam agit Tiraquell. *de pœn. temperand. aut remitt.* Alii ſummum urgent jus, quod maleficia non debeant eſſe impunita, & publicè interſit, non facilè remitti pœnam. *l. ſi operis. 14. C. de pœnis.* D. Bocer. *de Jurisd. cap. 5. n. 71.* Ego tamen Iudicem in leges committere non autumo, ſi ulteriorem differat pœnam, & principali commiſerationi locum concedat: Clar. *in prax. crim. quæſt. 98. num fin.* quando præſertim Fur antea proteſtatus fuerit de innocentia, nec carnificis vel dolus vel culpa intervenerit. Weſembec. *in parat. ff. de pœn num. 9.*

An verò ſufficiens condonationis cauſa ſit, nuptialis cuiuſdam Principis feſtivitas, vel eiuſdem inaugurationis ſolemnitas, vel partam ob victoriam, temporis felicitas, vel diei ſanctitas? dubitant nonnulli. Ego execrabili ſcelere convicto, hiſce ex cauſis juſtam elabendi viam patere, non exiſtimo. Camman. *de maieſtat. diſp. 4. th. 76. & ſeq.* vid. Heigium. *2. quæſt. 22.*

Quid ſi virgo, vel meretrix damnati ambiat nuptias, an liberationi locus eſt? Non improbat hoc Clar. *d. quæſt. 89. num. 6.* atque Franciæ & Hiſpaniæ conſuetudinem prætendit. Quod tamen graviſſimis in criminibus, exemplo pernitioſum eſſe, cenſeo, præeunte Vaſqu. *illuſtr. controverſ. c. 48. num. 15.* Nuſquam a. condonationem pœnæ laudabiliorem eſſe, quàm ſi Princeps injuriam ſibimet ipſi illatam, remittat, rectè & piè cum Bodino tradit

Digitized by Google

tradit Camman. *dict. diſp. theſ. 83.* Inſerenda eſt & illa quæſtio: *An Imperator poſſit in Statuꝰ cuiuſdam territorio, delinquenti veniam concedere?* vid. Bocer. *de Juriſdict. fol. 394. num. 80.* add. Georg. Everhard. *lib. 1. conſ 45.* Quamvis habeat majeſtatem, tamen hoc jus ita debet uſurpare, ne impediat jus inferioris, cujus privilegia ſarta & tecta ſervare promiſit.

Aſyla.

Huc ſpectat Aſylorum conſtitutio, quæ majeſtatis Iure aperiuntur & homicidis præſertim, ſalutare præſtant auxilium, ut inde ſine ſummo piaculo, avelli non queant. Aſyla Iudæorum non voluntariis, ſed imprudentibus homicidis patrocinabantur, non fovebant delinquentes; ſed innoxios ſolùm & probos ſervabant. Primus apud Romanos Aſylum aperuit Romulus. Et omnes ferè gentes, fas non eſſe ducebant, ſupplicem abſtrahere à Templo ad ſupplicium: Ac Pauſan. *lib. 7.* varia recenſet exempla, quibus ſupplicum violationem divina ultio ſtatim ſequuta fuit. Præterea non omnia Templa jure Aſyli utebantur, ſed ea duntaxat, quibus conſecrationis lege conceſſum erat. Et ubi religio Chriſtiana invaluit, non prius Eccleſia jus illud ad ædes ſacras, altariaque ſua accommodavit, niſi Imperialis acceſſerit auctoritas. Petr. Ærod. *rer. iudic. l. 1. titul. ult. cap. 4.* Keckerm. *polit. l. c. 17. f. m. 295.* vid. tamen Decian. *conſ. 8. n. 10. cum ſeq. vol. 3.* In Gallia verò, aliiſque multis in locis, reſtrictum eſt hoc jus, ut etiam ex loco ſacro ſcelerati evellantur, idque haud contemptu Numinis, ſed quia abuti religione eſt, ea uti ad impunitatem, ad receptacula & irritamenta maleficiorum. Petr. Ærod. *dict. loc.* Sunt tamen etiam in Germania Civitates, & loca, in quibus Aſylorum antiquum jus viget. Sicuti Reutlingenſes vicini tali utuntur privilegio, daß ein jegliche Perſon (verba ſunt Maximiliani I. Imperatoris, tale privilegium Anno 1495. confirmantis) ſo auſſer Hitz deß Zorns / oder zu Auffenthalt und Rettung ihres Lebens / auſſerhalb der Statt Reutlingen / und dem Zehenden daſelbſten / Todtſchläg thun / oder vollbringen / in der gemelten Statt Reutlingen Zehenden und Ettern / Freyhung haben / und daſelbſt zu Recht nicht angefallen / noch auch an einigem Ort / über ihr Leib und Güter gericht werden ſoll / ꝛc. Doch / wa vorbedächtlich / gefährliche Todtſchläg geſchehen / daß ſie auff der Kläger gegen den Thätern anſu-

anſuchen/ Recht ergehen laſſen/ wie ſich gebührt/ ꝛc. Quod privilegium omnes, qui in rixa, iracundiæ calore permoti, aliquem occidunt, tutos reddit; eos verò, qui inſidiis, ex propoſito & proditoriè homicidium committunt, excludit. Idque Iuri etiam Divino conſonum eſt. *Exod. 21. iunct. cap. 1. de homicid.* Quando verò proditoriè & per inſidias homicidium dicatur commiſſum? dubitatur: Et tunc dicitur per inſidias vel proditoriè, tale crimen perpetratum fuiſſe, quando unum actu oſtenditur, aliud mente geritur; ac qui abſque cauſa & ſine ulla diffidatione, eum qui de ipſo confidebat, vulneravit, per text. *in l. propter inſidias. 14. C. qui accuſ. non poſſ. & l. cuiuſq. 4. ff. ad L. Jul. Maeſt.* Hocque etiam probat Ioh. Gutierrez *pract. l. 1. cap. 2.* ubi eum defendit, qui videns aliquem rixantem cum ſuo amico, ſtatim accurrens illum occidit à tergo, & confugit ad Eccleſiam.

Cœterùm, cùm modò dixerim, Eccleſias Criminoſis tutum præbere refugium, memoriæ porrò inſigendum eſt; hocce privilegium, etiam ad cœmeteria ab Eccleſiis non remota, pertinere. Tiberius Decianus *in prax. Crimin. lib. 6. cap. 25. num. 28.* Quin Eccleſiarum circuitus, triginta paſſuum ſpacio, quâ ipſa Eccleſia, reverentiâ defenditur. *Canon. ſicut antiquitùs. & can. quiſquis inventus. 17. quaſt. 7.* Camillus Borellus, *in ſumma deciſ. lib. 1. titul. 4. num. 4.* Quod tamen moribus non eſſe receptum, ait Didac. Covarruv. *variar. reſolut. 2. cap. 20.* Hocque immunitatis Iure, Monaſteria etiam ac Cœnobia, nec non Hoſpitalia Epiſcopi authoritate erecta utuntur. Remig. *de immun. Eccleſ. ampl 3. & 17.* Choppin. *2. de Jur. Cœnob. tit. 1. artic. 27.* Indigni verò ſunt Eccleſiarum ac Aſylorum immunitate, qui proditoriè & ex inſidiis, animoque deliberato homicidium perpetrant. *cap. 1. de homicid.* Decian. *6. cap. 28. num. 12.* Et inde Reutlingenſes confugas, eorum implorantes tutelam, non recipiunt, niſi Iuramento adſeverare queant, ſeſe vel defenſionis causâ, vel immoderatâ impulſos iracundiâ, occidiſſe adverſarios. Et inveniuntur, qui memoriâ adhuc teneant, Civem Tubingenſem, ſtudioſi cujuſdam inſidioſum interfectorem, Reutlingæ latitantem, à Magiſtratu Academico, criminali ibidem accuſatione pulſatum, ac tandem gladii pœnâ affectum fuiſſe. Latronibus quoque, publicarum viarum obſeſſoribus, agrorumque depopulatoribus, ſacra hæc loca, tutum non præbent receptaculum. *cap. inter alia. extr.*

de immun. Eccleſ. Borell. *dict. tit. 4. num. 69. cum aliquot ſeqq.* Sed *quid de Argentariis, ſive Mercatoribus decoctis, aliisque Debitoribus ære alieno obrutis, dicemus?* Boer. *deciſ. 215.* & Iaſon. *d. action. in princ. num. 77.* Templorum immunitatem iis adimunt. At Panormitan. *cap. inter alia. num. 22. de immun. Eccleſ.* & Oldradus *conſil. 54.* mitiorem amplectuntur ſententiam, cui patrocinium confert *l. præſenti. 6 in princ. C. de his, qui ad Ecc.* ubi conſtituitur, quod confugiens ad Eccleſiam, cujuſcunque conditionis ſit, gaudere debeat Eccleſiæ immunitate. Accedit text. *in c. inter alia. extr. de homicid.* quam ſententiam communem dicit Iohan. Gutierrez. *pract. quæſt. lib. 1. num 10.* Ego verò, ſi non ob pœnam, ſed ut moroſi iſtius debitoris bonorum deſcriptio rectiùs ſuſcipi queat, ab Eccleſiaſticis requiratur refuga, ipſis recuſandi cauſam nullam ſupereſſe cenſeo. Sin autem carceris adſit metus, Eccleſiarum non ceſſat immunitas; niſi bona ſua in fraudem creditorum, ſecum in Eccleſiam aſportaverit, vel aliàs malitioſè occultaverit. Gutierrez. *d quæſt. 1. num 13.* Sicuti quoque Francofordiæ, Domus ordini Equitum Teuton. dicata, Mercatoribus ære oppreſſis alieno, ſecurum præſtat auxilium.

Præterea in Eccleſia delinquens, ejuſdem non gaudet privilegio, *c. fin. extr. de immun. Eccleſ.* Covarruv. *2. var. cap. 20. num. 17.* Hinc quoque Reutlingenſes, in eorum urbe homicidium committentes, plerumque in Monaſterium quoddam vicini pagi, cui nomen Pfullingæ, confugiunt.

Hoc liberi receptus privilegium ſi quis violat, Iure Canonico graviſſimæ pœnæ pecuniariæ & excommunicationis periculum ſubit. *cap. miror. cap. ſi quis contumax. 17. quæſt. 4.* Boer. *deciſ. 110.* Sacræ tamen ædes ab omni pœna ſupplices non reddunt immunes; ſed Eccleſiarum Rectores (niſi Refugii locus ampliore ſplendeat privilegio, quali Reutlingenſium ornata eſt Civitas) vitam & membra Confugis debent obtinere, non verò eoſdem ab aliis pœnis prorſus liberare. Lancellot. *2. Inſtit. Iur. Can. tit. 20. verſ. hac tamen &c.* ubi pœnæ præſcribit modum.

An autem Aſylorum uſus expediat Reipublicæ? quærit Tholoſan. *13. de Republ. cap. 22. & ſeq.* Velſten. *cent. quæſt. polit. deciſ. 4. theſ. 6.* Keckerm. *Polit. lib. 1. cap. 17.* Ego priſca jura aut privilegia Aſylorum convellere quidem non audeo, ſcio tamen, maximam ſæpè ſceleratorum eluviem hac velut Ægide tutam, leges publi-

publicas ludificare; quod Tacitus etiam conqueritur, complebantur, inquit, templa peſſimis ſervitiorum; eodem ſubſidio obærati, adverſus creditores, ſuſpectique capitalem ſententiam receptabantur, nec ullum ſatis erat validum imperium, coercendis ſeditionibus populi, hominum flagitia ceremoniis protegentibus. Et Borell. *ſæpiùs alleg. titul. 4. num. 102.* tradit, cùm biennio ferè viſitator Regius in provinciis Calabriæ eſſet, nullam ſeſe vidiſſe Eccleſiam, quæ non ad minus triginta & quadraginta delinquentium eſſet plena, qui tria vel plura reiterabant homicidia, & hiſce perpetratis facinoribus, iterum ad Eccleſias ſe recipiebant. Quocirca fortaſſis non ſine ratione apud nos, ſcelere pollutos, lictoribus ſecuribusqueEccleſiæ minimè ſubducunt; cùm præſertim ratio, qua in Hebraïca Republica Aſyla introducta fuerunt (dum nimirum Iudæi cognatis occiſi permittebant homicidam ſine ullo prævio proceſſu interficere) haud amplius militet; & Aſylorum jus, nec divino nec naturali jure fulcitum eſſe rectè tradat Covar. *variar. reſol. 2. cap. 20. num. 2.*

Sed de hiſce ſatis, ac cùm de obæratis debitoribus paulò antea verba fecerim, noſtraque jam ætate invaleſcente nequitia, quotidie major ſit peccandi cupiditas, minor verecundia; & homines invenias, qui ſi eis quid credideris, pro beneficio reputent, fidem promiſſis præſtare, ac id quod debent ſolvere; inde plurimi (quos decoctores, fallitos, & bancæ ruptores indigitant) bonis cedant, ac, ut ait Plaut. *in Perſ.* citiùs quàm in curſu rotula circumvertitur, foro abeant; alii, æquiores qui ſunt, Principum aures pro impetranda præſcriptione moratoria, quinquenaliqùe dilatione, fatigant. Quamobrem, quoniam harum induciarum conceſſio, privilegium ſingulareque jus inducit, à noſtro alienum non erit propoſito, ut de hiſce etiam brevem ſuſcipiamus tractationem.

Moratoriæ hæ literæ & Reſcripta, non niſi ab Imperatore, vel alio Principe ſummo, concedi queunt. *l. 2. Cod. d. precib. Imp. offerend.* Anton. Faber. *in Cod. lib. 1. tit. 9. def. 17.* Alex. Trentacinq. *Var. reſol. lib. 3. reſol. 1. in princ.* Zang. *d. except. p. 1. c. 11. n. 3. & 4.* Nec ultra quinquennii metas extenduntur, ut gravius damnum non infligatur Creditori, quàm quod invitum eum ſubire æquum ſit; Adeò, ut ſi in longius tempus impetrentur, non valeant, & nec pro quinquennio ipſo defendantur. Rebuff. *in tract. de*

tit. dilat. art. 2. gl. 1. n. 7. Nimia tamen in hiſce concedendis dilationibus facilitas Reipubl. pernitioſa eſt. Indigni quippè principali ſunt beneficio, qui ſuò vitiò, qui dolò & nequitià, qui victûs magnificentià, ſumptibusque immodicis, ære ſeſe immerſerunt alienò. Qui verò fortunæ & uſurariorum telis vexati, non proprià culpâ, ſed communi incertoque caſu, multo ære obſtricti, ad Imperialem confugiunt Clementiam, eorum non injuſtè habetur ratio. Undè, in der Policey Ordnung zu Augſpurg Anno 48. aufgericht/ *tit.* Von verdorbnen Kauffleuthen. Et in eàdem Ordin. Francofordiæ, An. 1577. edita. *tit. 32* diſertis conſtitutum eſt verbis, das den verdorbnen Kauffleuthen/ keine moratoria oder quinquennel hinfüro gegeben werden ſollen; Es ſeyen dann zuvor die Käyſerl. Mayeſt. von der Oberkeit/ darunder dieſelbige geſeſſen/ eygentlich bericht/ und vergewiſſet/ oder daß die Kauffleuth glaubliche Urkunden fürgebracht/ daß ſie auß unverſehenen zugeſtandnen Unfällen in verderben gerathen. Wa aber die anderer Geſtalt und mit verſchwigner Warheit außgebracht/ alsdann ſollen ſie krafftloß ſeyn/ꝛc. Haud omnes tamen ad cauſas moratorium hoc reſcriptum vires porrigit; non enim extenditur ad debitum ex delicto proveniens. arg. tex. in *l. ſed. 3. & l. 6 ex parte. 4. §. quanquam 2. ff. quod cum eo, &c.* Viv. *lib. 1. opin. com. opin. 176. num. 10.* ubi de receptà Dd. opinione teſtatur, quamvis Trentacinq. *lib. 3. tit. d. ſolut. reſol. 1.* contrariam de jure veriorem exiſtimet ſententiam, tamen quo minùs à communi recedam, allegata ordinatio, *Anno 1577. edita* prohibet. Præterea, gratioſam hanc dilationem debito jurato nullam afferre moram, expeditum eſt: cum ne ſummus quidem Pontifex intelligatur, actui jurisjurandi religione firmato derogare velle. *c. conſtitutum. extr. de reſcript.* Theſſaur. *deciſ. Pedemont. 186. num. 4.* Trentacinq. *d. reſol. n. 11.* Indè adprobare non poſſum Molleri ſententiam, qui *lib. ſemeſt. 4. cap. 6.* moratoriæ præſcriptionis exceptionem admittit, quamvis huic exceptioni cum juramento renunciatum fuerit; quod diſplicet etiam Trentacinq. *d. reſol. 1. num. 24.* ubi tamen, non obſtante ſimplici renunciatione, reſcripto moratorio locum rectè concedit, ſi in eo hujus renunciationis mentio fuerit facta. Deindè dilatio hæc, nec Eccleſiæ, nec pupillis nec pauperibus (de quibus vid. Afflict. *deciſ. 377.*) obeſt. Menoch. *de arbitr. iud. quæſt. caſ. 203. num. 20.* Nec impetrati privilegii uſus eſt, ſi debitum

bitum vi prioris ſententiæ petatur; ſi de emphytheuticario debito, ſi de rei venditæ aut locatæ mercede, ex qua fructus emptor locatorvè percepit, agatur, ſi dos ſolvenda; ſi depoſitum reſtituendum; ſi debitum ob perſonales operas contractum, quos caſus omnes, & alios ſimiles, recenſet Anton. Fab. *in Cod. dict. tit. de leg. & conſtit. Princip. defin. 20.* etſi negandum non ſit, quin in Imperatoris conſiſtat poteſtate, indulgentiam ſuam ex certa ſcientia, juſtaque interveniente cauſa, prædictis etiam debitis (illibatâ tamen Eccleſiæ libertate) accommodare. Trentacinq. *all. reſol. 1. num. 11. cum ſeqq.* Debitor autem quinquennalis dilationis beneficio gaudere non debet, niſi creditoribus præſtet cautionem. *l. univerſa. 4. C. de prec. Imp. offerend. c. univerſa. 25. q. 2.* Afflict. *deciſ. 378. in princip.* Alex. *conſ. 205. num. 3. vol. 2.* Hering. *d. fideiuſſ. c. 5. num. 128.* Quando tamen nec pignora ſunt in promptu, nec fidejuſſores inveniri queunt, juratoria etiam admittitur cautio. Trentacinquius *d. reſol. 1. num. 9.* ſi præſertim debitor honeſtæ & probatæ ſit vitæ, Gail. *2. obſervat. 17.* Quæ cautio tùm demum requiritur, ſi à creditoribus petita fuerit. *d. l. univerſa & l. quoties. 29. §. 2. ff. ſolut. matrim.* Schrad. *d. feud. p. 10. ſect. 20. num. 301.* quæ ſi à principio non petatur, tacitè remiſſa intelligitur. Iaſ. *in d. l. univerſa. num. 4.* Et requiritur inſuper, quod impetrans hoc privilegium, coram Iudice confiteatur debitum. arg. *l. pen. ff. qui bon. ced. poſſ.* Quid verò, *Principis hoc reſcriptum, an debitoris prodeſt fidejuſſoribus?* Et cum quinquennale privilegium ad debitoris directum ſit perſonam, ad ejusdem haud rectè extenditur fidejuſſores. arg. *l. exceptiones. 7. ff. d. except. l. quia tale. 13. ff. ſolut. matrim. & l. & ſi fideiuſſor. ff. d. re iud.* Menoch. *caſ. 202. num. 26.* Fidejuſſor tamen ſolutionis evitabit periculum, ſi vel cedendarum, vel excuſſionis exceptionem obtendat: nam cùm ob moratorium illud reſcriptum, nec principalis excuti, nec actiones cedi queant, non injuriâ Creditores (niſi fidejuſſores hiſce renunciaverint beneficiis) rejiciuntur. Trentacinq. *all. reſol. 1. num. 25.* Hinc, quid de ea ſentiendum quæſtione, *an exceptio hac moratoria ad hæredes tranſeat?* cuilibet facilè apparebit, quippe ſi perſonæ miſeratio, ut dictum, privilegio cauſam præbet, hæredes certè jure hoc ſingulari uti non queunt. *all. l. exceptiones. 7. in princ. ff. de except.* Trentacinq. *dict. reſolut. 1. num. 29.* Indè ſi indulgeatur alicui, ut lis incepta in eodem maneat ſtatu (quod

juſta ex cauſa à Principe fieri poteſt. Anton. Faber. *in Cod. lib. 1. tit. 9. defin. 23.)* privilegium hoc vitæ impetrantis non egreditur terminos. Iohann. de Imola *in l. maritum. 12. ff ſolut. matrim.* Sic quoque exceptio, ne quis conveniatur, niſi in id tantum, quod facere poteſt, cum vitâ privilegiati exſpirat. *d. l. 7. ff. de except.* Sed *num uſura huiuſmodi dilatione pendente currant*, minùs eſt expeditum; quod affirmat Molin. *d. uſur. num. 624.* & Anton. Faber. *tit. C. de precib. Imp. offer. defin. 8.* cùm non præſumatur, Imperatorem medii temporis interuſurium, creditoribus adimere velle. Contrarium aſſerit Alex. *conſ. 216. num. 14. vol. 2.* Cujus opinio, (præſertim ſi non reditus perpetui, ſed uſuræ ob moram petantur) æquitati conſona. Satis etenim inhumanum eſt, uſuras exigere ab eis, qui abſque culpa, bello nimirum, naufragio, vel alio caſu adverſo, facultatibus lapſi, Principis promeruêre clementiam. Cùm præſertim Iohann. Faber ex *§. f. Inſt. de act.* colligat, ſi quis propter bellum, vel aliud infortunium bonis ſit ſpoliatus, quod in ſolidum conveniri non queat: quam ſententiam (quæ tamen ſummo jure fortaſſis oppoſitionem pateretur.) commendat Moller. *ſem. lib: 3. cap. 7. in fin. Tranſacto* verò *quinquennalis ſpatio, an debitores miſerabile ceſſionis auxilium implorare queant*, quæſitum ſcio. Et Iuris noſtri Interpretes, Gloſſam, *ad l. cum ſolito 8. in fin. C. qui bonis ced. poſſ.* ducem nacti, autumant, finitis induciis, ceſſionis beneficio locum non eſſe, ac nil niſi ſolutionis exactionem reſtare, etiamſi debitor fidejuſſionem non præſtiterit. Afflict. *deciſ. 378.* qui Conſilii Neapolitani præjudicium allegat, Trentacinq. *all. reſol. 1. num. 30.* Sed cùm Principum privilegia ad alicujus introducta favorem, in ejusdem non facilè retorquenda ſint odium. *arg l quod favore. 6. C. de leg. & l. relegatore. §. fin. ff. d. interdictis*, Idcircò cur ei ceſſio deneganda ſit, qui conſilio minimè fraudulento, ſed amplioris fortunæ ſpe, quinquennales obtinuit inducias, atque intermedio tempore & induſtriam & frugalitatem ſatis quidem oſtendit, nihilominùs tamen temporis depreſſus iniquitate, nil aliud, niſi flebile ceſſionis beneficium reliquum videt. Infigendum denique memoriæ, quod hujus privilegii conceſſio impedimento non ſit, quo minùs debitor alios ſuos debitores ad ſolutionem adigere queat; idque ratione & præjudicio firmat Anton. Faber. *titul. Cod. de leg. defin. 19.*

De

De Reſtitutione famæ.

DE Principis indulgentia, quæ in pœnarum vel ablatione vel mitigatione verſatur, antea quædam propoſui, nunc de famæ & honoris reſtitutione, pauca ſubjicienda eſſe duxi; & meritò quidem: nam non, ſicut crimen ejusque pœna ſeſe habet ad infamiam in producendo, ita abolitio criminis ſeſe exhibet in tollendo infamiæ notam. Ejuſdem etiam macula indeleta permanet, etiam ſublatâ infamiæ causâ. Tiraquell. *in tractat. ceſſante causâ. lim. 12. num. 12.* Marq. Freher. *tract. de exiſtim 3. cap. 30. num. 3.* Hinc fit, ut is, qui ſemel exiſtimationis naufragium fecit, & infamiâ Iuris ſeſe inquinavit, ignominiæ labe non liberetur, etſi mutatis moribus, vitam emendet. *arg. l. palam. 43. §. non ſolùm autem. 4 ff. de rit. nupt.* ut proinde emendatus de crimine, ſi ejus comes ſit infamia, ad teſtimonii dictionem idoneus eſſe non cenſeatur: per text. *in cap. teſtimonium. extr. de teſtibus.* Infamia verò læſæque dignitatis ſtatus, quædam à Iure irrogatur, quædam ex facto turpi oritur. Prior infamia contrahitur, aut cùm quis tale quippiam deſignat, quod publicis legibus turpe atque probroſum habetur, talisq; infamia aut ſolâ vi & auctoritate legis, abſque judiciali cognitione, incurritur: aut tùm demùm oritur, ſi civili, vel criminali Iudicio aliquis de crimine propriam condemnationem paſſus fuerit. Eſt inſuper Facti etiam infamia, quâ is notari dicitur, cujus exiſtimatio ob mores improbatos apud bonos graveſque viros læſa eſt. Hæc facti infamia, pœnitentia & vitæ emendatione abſtergitur; ea autem, quam juris eſſe dixi, non niſi Imperiali remedio tollitur; cùm jus famæ & honoribus reſtituendi, ſoli Imperatori conveniat. *l. 1. §. & qui. 6. & l. Hi, qui fiſci. 1. §. 10 de poſtul. l. 1. Cod. de ſentent. paſſ. & reſtit.* Camman. *de Jure maieſtat. diſput 4. theſ. 54.* Roſenth. *de feud. cap. 5. concluſ. 2.* Quod inferiori magiſtratui non conceditur, qui legis cuſtos eſt, nec à ſcripto jure recedendi poteſtatem obtinet. *l. 1. §. de qua autem. 10. ff. de poſtuland.* Principibus tamen cæteriſque Imperii ſtatibus, infamiæ abolendæ jus non quidem omninò denegatum, ſed territorii eorum limitibus incluſum eſt: cùm Principis poteſtas provinciæ ejus finibus circumſcripta, Imperatoris verò majeſtas, totum Romanum per orbem diffuſa ſit. Peregrin. *tract. de Jur. fiſc. lib. 1. tit. de iis, qui iur fiſcal. habent num. 54*

Digitized by Google

num. 54. Inde ſopitâ ruſticorum ſeditione, Auguſtiſſimus Imperator Carolus V. Imperii Ordinibus ſpecialiter indulſit, quod rebelles ſubditos infamiæ notâ eximere queant. Reichs Abſchied/ *de Anno 1520.* §. Und wiewol/ ꝛc. Quod ſi tamen ex lege municipali vel Statuto, infamia illata fuerit, ea ab inferiore magiſtratu penitùs tolli poteſt; teſte Freher. *alleg. tract. de exiſtim. lib. 3. cap. 30. num 1.* & Camm. *alleg. diſp. theſ. 86.* Cujus tamen poteſtatis, ut moderatus ſit uſus, Imperatoris convenit benignitati: ne Principibus & Statibus invitis obtrudantur ſubditi, quorum reſtitutio in Reipublicæ detrimentum facilè cedere poteſt. Imperator quippe jure majeſtatis, tali uti debet modo, ne jura inferiorum impediat, quorum privilegia ſarta tectaque ſervare promiſit, per text. *in titul. 7. de nat. feud. lib. 1.* Dn. Bocer. *de Juriſdict. c. 1. num. 10. verſ. ſed nihil his obſtantibus &c.* Et in terminis Georg. Everhard. *conſil. 9 num. 18. præcip. num. 29. vol. 1.*

Inde Fortun. Garz. *in l. Gallus* §. *& ſi quid tantùm. num. 240.* tradit, ne ſummum quidem Principem ſeditioſum & populo infeſtum, ſine ſubditorum conſenſu reſtituere poſſe: quod honeſtatem & æquitatem continere, & à principis ordinaria poteſtate alienum non eſſe, dicit Sfort. Odd. *tract. de reſtit. in integr. lib. 2. q. 92. art. 2. num. 17.*

Reſtitutio hæc, ſine cauſa non facilè concedenda. Eandem igitur ætatis ratio ſuadet; *l. 1. de poſtuland.* & meritum quoque ſubſequens, infamiæ ablationem meretur. Hinc transfugæ alios indicanti, reſtitutio datur. *l non omnes. 5. §. ult. de re milit.* Et vitæ emendatio Principali indulgentiæ viam aperit. *arg. l. Imperialis. 23. C. de nupt.* Nec non familiæ dignitas, Majorum claritas & in Remp. utilitas, recuperationi honoris locum præbet. Pœnæ tamen criminis ſæpè numero aliquid adjicitur, ne exemplo pernitioſa ſit hæc reſtitutio: Iuſtitiæ etenim laude præſtandum eſt moderamen, ut nec vindicta ſuperet peccata, nec culpa impunita inſultet legibus. Hujusque reſtitutionis Theodoricus Gothorum Rex præclariſſimus, luculentam nobis reliquit formulam apud Caſſiodor. *var. lib. 3. cap. 64.* dum inquit: *Quia fas eſt Principi maculoſas notas vitiatæ opinionis abſtergere, ideò aſperitatem pœnæ noſtrâ lenitate mollimus, ſtatuentes, ut ſex menſium patiaris exilium: ita ut nulli poſt conſtituta noſtra, ſub qualibet interpretatione tibi liceat obiicere crimen infamiæ; ſed hoc exacto tempore,*

Digitized by Google

re, patria, rebusque omnibus deformato, Jus tibi ſit liberum, ac quod primitùs. Illuſtrius verò exemplum ſuppeditat Caroli V. Imperatoris maximi, Iohanni Friderico Electori Saxoniæ conceſſa reſtitutio, quæ à Goldaſto, *lib. 2. de maioratu. c 35.* hiſce comprehenſa invenitur verbis: Wir reſtituiren und ſetzen ihne und ſeine Erben zu ſeinen vorigen Gerechtigkeiten/ Forderungen/ Ehren/ Begnadungen/ Tituln/ Wapen/ Freyheiten/ auch zu der Vätterlichen Gewalt/ ſo er vor der Zeit über ſeine Söhn und Kinder gehabt; ſo und dergeſtalt/ daß ihm derſelben Gewalt und Vätterliche Macht/ auch die Land und Leuth widerumb/ ſo viel deren ſeinen Söhnen und Kindern/ inhalts der Capitulation gelaſſen worden/ bleiben ſollen ꝛc. Quin & reſtitutio famæ, nedum diſertis verbis, ſed & tacitè fit: ut ſi Princeps Reum ad dignitates & officia, ad quæ nemo, niſi illibatæ famæ homo, admittitur, promoveat, tunc infamiam ei remiſiſſe cenſetur. *l. Imperialis. 23. §. ſimiles verò. 4 Cod. de nupt. l. quidam conſulebat. 57. ff. de re iud.* vel ſi Princeps infamem ab officio non removeat. Hinc dicunt, quod infamis, quamdiu in officio permanet, teſtificari queat. Freher. *de exiſt. 3. c. 30. n. 51.*

Gratioſæ hujus reſtitutionis, verbis generalibus conceptæ, wir ſetzen ihne in vorigen Stand/ Würde/ Ehr und Herligkeit/ ꝛc. effectus eſt, quod impetranti prior adimatur macula, quaſi nullâ inhoneſtâ vitâ præcedente. *d. l. imperialem. C. de nupt.* ac ſublatâ prioris criminis memoriâ, cœteris integræ opinionis hominibus æquiparetur. *l. 1. C. de ſent. paſſ. & reſtit. l. 1. §. deinde adiicit Prætor. 9. ff. de poſt.* & omnia priſtina recipiat jura, quæ & infamia & bannum ademit, nempe non ſolùm, ut ſuprà dixi, honorem; ſed & bona, etiamſi à Fiſco jam occupata fuerint. *d. l. 1. §. de qua autem. 10. ff. de poſtul. l. 1. & l. fin. C. de ſent. paſſ. & reſtit.* Vaſquez. *de ſucceſſ. reſol. lib. 1. §. 2. num. 4.* utq́ue deinceps teſtimonium ferre, & officiis publicis præeſſe poſſit. *c. teſtimonium. 54. extr. de teſt. can. ſi teſtes. 4. quæſt. 3.* Freher. *d. cap 30. num 11.* Adeò, ut reſtituto, à nemine, ſine actionis injuriarum metu, objici queat infamia. Cravet. *conſ. 168. in princ.* ſed & locum priſtinum recipiat in Collegio, niſi aliter jam ſit occupatus, vel incertus exiſtat Collegarum numerus. arg. *l. 2. ff. de decur.* Sfort. Odd. *d. reſt. p 2. q. 96. & ſeq.* Pecuniaria tamen depenſa pœna repeti non ſolet. *l un ff de leg. Jul. amb.* Nec etiam bona à Fiſco ante reſtitutionem alienata recuperantur. *l. 2. C. de quadr. præſcript. l. Quod ſi. 24. §. Scævola. 2.*

N *ff. de mi-*

ff. de minor. Dn. Bocer. *tract. de Regal. cap. 2. num. 120.* niſi reſtitutio publicæ utilitatis ergò fiat. *arg. l. certa forma. 4. C. de iur. fiſc. l. venditor. 13. §. ſi conſtat. 1. ff. com. praditor.* Sfort. Odd. *qu. 99. art. 4. num. 29. & art. 8.* Gabriel. Rom. *concluſ. 3. d. iur. quaſit. non tollend.* Andr. Alciat. *in l. plus in reſtitutione. num. 7. ff. d. v. ſign.* Menoch. *de recup. poſſ. rem. 10. num. 111.* Inde, ſi Imperiali fulmine percuſſus, atque deportationis ſive banni pœnâ affectus, reducendæ pacis atque concordiæ causâ reſtituatur, is bona & ſubditos, etiam in alium jam translatos, recuperat, quamvis Imperator illud in literis gratioſæ reſtitutionis non expreſſerit. Sfortia Oddus *d. qu 99. art. 8.* Imperatoris tamen hæc gratia, ad fructuum conſumptorum adquiſitionem non porrigitur; cùm iniquum ſit, ut bonæ fidei poſſeſſor, fructus juſtò conſumptos titulò reſtituere cogatur. Novell. *115. cap. 3. §. ſi quis. 4. verſ. ſi verò poſtbac.* Covarr. *lib. 1. var. Reſ. cap. 3. in fin.* Pendentes verò, vel collectos quidem, ſed adhuc extantes, reſtituti commodo adſcribit Sfort. Odd. *d. q. 99. art. 14. n. 129.* Hiſce porrò bonis cum honore alicui reſtitutis, actiones quoque ei in alios & aliis adverſus eum reſtitutæ intelliguntur. *l. ſi deb. 3. C. de ſent. paſſ. & reſt. l. ſi deport. 12. C. d. t.* Dn. Bocer. *d. c. 2. n. 118.* Cæterùm, ſi reſtitutio non ſimpliciter, & generalibus facta verbis, ſed præter reditum in patriam, quædam in ſpecie expreſſa fuerint, tùm reſtitutio ad caſus non expreſſos haud extenditur. *l. ult. C. de gen. abol. l ſi pater. 9. C. d. ſent. paſſ. &c.* Sfort. Odd. *qu. 94. art. 1. num. 2.* Qualis reſtitutio fuit Ioh. Friderici Ducis Saxoniæ, quæ ad certas quaſdam ditiones reſtricta, Electoriam haud incluſit dignitatem. Indulgentia autem ea, quâ gratia ſolummodò alicui promittitur, pœnæ tantùm remiſſionem, non verò honoris reſtitutionem continere intelligitur. *l. Generalis. 7. C. d. t. l. ult. C. de gen. abol.* Sfort. Odd. *d. q. 94. art. 4.* Principis tamen poteſtas non tanta eſt, ut pleniſſimâ etiam conceſſâ reſtitutione, omnis adimatur macula, atq; contemptus ex animis hominum penitùs deleatur. Nam effectus infamiæ poteſt tolli, nota tamen quædam, & in hominum opinione reſidens facti ignominia perennis erit: cùm factum quod eſt, infectum nullâ poſſit fieri ratione. *l. verum. 31. d. R. I. l. verba. 6. C. de Teſtam. l. in bello. 2. § 2. ff. de capt. & poſtlim. rev.* Quocircà Claudius Imperator cùm alicui notam appoſitam, deprecantibus familiaribus ademiſſet, litura tamen quod extet, haud abs re dixit: exiſti-

exiſtimans, remiſsâ culpâ, infamiæ prioris veſtigium permanere, Duaren. *anniverſ. diſp. lib. 1. cap. 42.*

Legitimatio.

AB infamiæ abolitione haud longè abeſt natalium reſtitutio, dùm Princeps alicui ingenui jura concedit, & in eum reſtituit ſtatum, in quo omnes ab initio fuerunt. *t. t. ff. d. natal. reſtit.* Pro natalium autem reſtitutione, noſtris legitimationem eſſe dicit Weſemb. *in parat. dict. tit.* Hæcque legitimatio eſt legis Actio, quâ jura legitimorum liberorum in aliquem conferuntur. Quæ æquitate nititur, cùm liberis illegitimo natis thoro, naturâ imputari nihil queat, iique non ſint in culpa, ſed parentes, *can. naſci. 5. diſt 56.* igitur lex, quæ ex juſto natum matrimonio, potuit facere legitimum, etiam poteſt efficere, ut naturalis certis intervenientibus ſolemnibus, pro legitimo habeatur. Treutler. *lib. 1. diſp. 2. theſ. 6.* Legitimatio illa, quæ Principis fit reſcripto, Majeſtatis eſt Regale atque ſoli Imperatori competit. Roſenthal. *de Feud. cap. 5. concl. 2. num. 4.* Ac de ejus reſervatis eſſe, cenſetur rectè, vel ei qui ſuperiorem non recognoſcit, duntaxat competere. Cardin. Thuſc. *lit. L. concl. 218.* Mich. Nizol. *alleg. 1. in princ.*

Hæc etiam Papæ in terris Eccleſiæ conceditur. Alexand. *concluſ. 2. num. 8. lib. 1.* quæ tamen in Romano Imperio, quoad ſecularia (quibus ſeſe implicare non debet. Nov. *6. in princ.* & Nov. *9. in princ*) permittenda non eſt. Curt. Iun. *conſ. 136. num. 2.* Alciat. *conſil. 16. num. 5. lib. 9.* Cardin. Tuſch. *lit. L. concl. 219. num. 72.* vide omninò Cluten. *in ſylloge rer. quotidian. theſ. 8. non refragante c. per venerabilem. 13. extr. quiſil. ſint leg.* Ad ſpiritualia tamen ubique legitimandi facultas ei competere exiſtimatur. Tuſchus, *d. concluſ. num. 66.* *Reliqui inferiores, Duces puta, Marchiones & Comites, nùm abſque Imperatoris privilegio, vel præſcriptione, Ius reſtituendi natalibus ſibi arrogare poſſint, quæritur?* Negantibus calculum addit Dn. Bocerus, *d. cap. 2. num. 112.* Camman. *d. Diſput. th. 47.* Quibus Iure Romanorum inſpecto, lubens accedo; Hodiernis tamen moribus latior eſt Imperii Ordinum poteſtas, quàm ea, quæ olim Præfectis Prætorio, Proconſulibus & Præſidibus competebat. Imperii proinde noſtri Proceribus (qui ampliſſimâ & Regali ferè, propriis in ditionibus utuntur poteſtate) ſubditos legitimationis remedio, & dignitates &

bona in Territoriis eorum exiſtentia, habiles, aptoſque reddere poſſe, negare non audeo, ut ſentit quoque Caſtrenſis. *conſ.34. in princ. num.1. & 2. lib.2.* quem ſequitur Decian. *conſil. 403. num. 6. & ſeq.* Certum inſuper eſt, ſi concedatur alicui Caſtrum cum mero & mixto Impetio & omnimoda Iuriſdictione, quod legitimandi facultas ei haud conceſſa videatur. Iaſon. *in l. Gallus. §. nunc de lege. num. 25. ff. de liber. & poſthum.* Mich. Nizol. *alleg. 1. num. 2.* Sed Cæſarea legitimatio in toto valet Imperio. *An* autem *Imperialis Legitimationis vires, Imperii etiam terminos egrediantur?* expeditum non eſt. Affirmantium argumenta ſunt hæc. (1.) Quia res, quæ ſemel ſortita eſt effectum, valet ubique. (2.) Quia actus validus ratione Perſonæ, firmitatem etiam obtinet ratione bonorum, Decius, *conſ.207. n.5. incip. pulchrum eſt dubium.* ut exemplo Tutelæ, atque ſententiæ demonſtratur, vide Matth. Stephan. *de Jurisdict. lib. 1. cap. 33 num. 38.* (3.) Quia Inſtrumentum ab Imperiali Notario confectum, ubique validum eſt: Ac Heres ex Teſtamento, ſecundum conſuetudinem loci condito, bona etiam extra territorium ſita acquirit. (4.) Quod Iuriſdictio voluntaria ubique exerceatur. *l. 2. ff. de offic. Proconſ. l. 2. C. de mancip.* Ac denique legitimatio ſit individua. Negantes hâc præcipuè nituntur ratione, quod quis in ſubditos alienos nullam vindicare ſibi poteſtatem, nec eiſdem ullum inferre queat præjudicium. arg. *l. un. C. qui pro ſua Jurisdict. Jud. dar.* Et inſuper, quòd ne Papæ quidem legitimatio in territorium Imperii extendatur. *cap. venerabilem. extr. qui ſint legitim.* Quæ & ſimilia argumenta referuntur à Cardin. Tuſcho, *lit. L. concluſ. 219. num. 46. cum ſeqq.* Ego, ut meam quoque adjiciam ſententiam, exiſtimo, ſubditum alterius Regni, Imperiali legitimationis privilegio, extra Imperii limites uti haud facilè poſſe, per modò *allegatos textus*; adeò, ut hoc in caſu, ne quidem legitimatio precibus paternis obtenta valeat: cùm ex ſpontanea prorogatione alterius Iuriſdictio lædi non queat. Fachinæ. *3. controv. cap. 58.* niſi Domini, cujus Iuriſdictioni perſona legitimationem impetrans ſubeſt, accedat conſenſus. Camman. *de Maieſt. diſput. 4. theſ. 51.* Diſſentit tamen in caſu Patris, legitimationem impetrantis, Forſterus. *de ſucceſſ. ab inteſtat. cap. 34. num. 26.* & Matth. Stephan. *de Jurisdict. lib. 1. cap. 33. num. 28.* Quorum opinioni non leve pondus addit *l. emancipari. 36. ff. de adopt.* ex qua adparet,

ret, quod emancipatio & adoptio à Præſide, etiam extra provinciam, quocunque in loco rectè fiat. Sed ſi quis Imperio ſubjectus natalium impetret reſtitutionem, in numero legitimorum ubique terrarum permanebit, & bona etiam extra Imperium à tertiis poſſeſſa, qui huic reſtitutioni præbuerunt aſſenſum, obtinebit. Diſpoſitio quippe principaliter perſonam concernens, effectum ſuum etiam ad bona, extra territori, limites exiſtentia, porrigit. Decius, *conſil. 207. num. 5.* Quocirca Venetii & alii etiam Italiæ Reguli, hoc Legitimationis Regale Imperatoris, quoad Perſonas & bona in ipſorum ſita territoriis non impediunt, ut poſt Pariſium & Alciatum teſtatur Cardin. Mantic. *de Conject. ur. ult. vol. lib. 11. tit. 10. n. 46.* & Mich. Nizol. *alleg. 1.* Porrò non alienos ſolùm, ſed & proprios liberos natalibus reſtituere poteſt Imperator. arg. *l. Si Conſul. 3. & l. Magiſtratum. 4. ff. de adopt.* Camman. *diſp. 4. theſ. 52.* Hicque ſæpius aliis legitimandi poteſtatem concedit, qui ſeſe Palatii indigitant Comites: horum tamen privilegium, ſine ſpeciali expreſſione, tantam non obtinet vim, ut legitimatus in feudo ſuccedendi ſpem habeat. Hartman. Piſtor. *2. quæſt. 40. num. 6.* Sixtin. *de Regal. cap. 4. num. 113.* adeò, ut eorum poteſtas, ultra Nobiles non extendatur, nec Principum, Comitum & Baronum liberos, ad parentum dignitatem habiles reddere poſſint; cùm Principes, aliæque dignitate regali utentes perſonæ, generali non cenſeantur comprehenſæ oratione. Heig. *1. quæſt. num. 48.* Sixtin. *d. cap. num. 114.* Contrarium tamen Michael Nizolius, in favorem, ut exiſtimo, Cæſaris Eſtenſis, ultimi Ferrariæ Ducis filii naturalis, inani labore, aſſerere conatus eſt, *in libro allegat. ſive Conſil. alleg. 1. per tot.*

Comites deinde Palatini, nec inceſtuoſos, nec adulterinos, nec Sacerdotum filios natalibus reſtituere, nec ullos alios in tertii præjudicium legitimare poſſunt. Et inde Agnati, aliique, quorum intereſt, citari debent, ſi legitimatio ad ſucceſſiones ab inteſtato ſeſe referat. Quippe legitimandi conceſſa poteſtas, ordinariè largita, non verò poteſtatis plenitudo collata videtur, niſi aliud ex tenore privilegii (ex quo omnis dependet poteſtas) adpareat. Forſter, *de ſucceſſ. ab inteſt. lib. 6. c. 35.*

Quid verò *Imperiali de Camerâ* ſentiendum, *núm & ea petentis vota natalium reſtitutionem admittere poteſt?* Et quamvis auguſtum hoc Collegium concurrentem cum Cæſare obtineat Iu-

riſdictionem; eadem legitimationis tamen Iura ſibi haud arrogat: cùm ampliſſimum Cameræ Tribunal, litium ſolùm decidendarum gratiâ conſtitutum ſit, & nullis utatur regalibus, niſi ad juſtitiæ adminiſtrationem ſpectent. Sixtin *de Regal. c. 4. num. 8. & 107.* Cœterum non ſolum privatorum liberi naturales; ſed & Magnatum, Regum & Principum filii legitimari, & ad ſpem Regni ac Principatus reſtitui poſſunt. Betſius *de pact. famil. Illuſtr. cap. 5.* Quâ in re, ſola ſupremi Principis voluntas ſpectatur. Undè ſi Rex filium naturalem pro legitimo habeat, vel ſucceſſorem deſignet, nulla alia reſtitutionis ſolemnitas requiritur, per ea, quæ tradit Thuſc. *pract. concluſ. lit. l. concluſ. 218. num. 29. & 32.* Quæ tamen legitimatio eos non excludit, ad quos Leges Regni ſucceſſionem deferunt. Alexand. *conſil. 25. lib. 7.* Thuſc. *concluſ. 217. num. 41.* Legitimantur autem ab Imperatore non ſolùm Naturales liberi, ordinariâ accedente poteſtate; ſed & extra ordinem, ſpurii, adulterini, inceſtuoſi, aliique ex damnatâ conjunctione prognati; dùm tamen extraordinaria hæc, plena & abſoluta Imperatoris poteſtas, non temerè, nec ſine gravi concedatur cauſa; ſed ex rationabili certa ſcientia, ſufficienti præcedente cognitione (adeò ut legitimatio ſpurii non valeat, niſi legitimanti certa ſpecies ſpurietatis, ut vocant, ſive damnati amplexus, expoſita fuerit. Fachinæus *3. controv. cap. 6.*) & inſertione clauſulæ, non obſtantibus legibus, exerceatur: ne Princeps prohibitas haſce coitiones, magis adprobare, quàm execrari videatur. Forſter. *de ſucceſſ. lib. 6. cap 32. num. 8.* Dn. Bocer. *d. Regal. cap. 2. n. 108.* Ideò talis indulgentia legitimationis nomen propriè non meretur, ſed diſpenſatio potiùs (quæ odioſa, ac minimè extendenda) & habilitatio ad officia, honores & ſucceſſiones in territorio legitimantis, nominanda, nec ulla fictio vel imago legitimi matrimonii inducenda eſt, arg. *Nov. 79. circa fin.* Caſtrens. *conſ. 467. num. 7.* Tuſc. *concl. 219. num. 75.* Camman. *diſput. 4. th. 57.* nihil officientibus his, quæ traduntur à diſſentiente Fachin *3. controv. cap. 57.* Hâcque diſpenſandi clementiâ Imperator Sacerdotum etiam filiis ſubvenire poteſt, ut in patrimonialibus, non autem Eccleſiaſticis ſuccedant. Covarr. *d. ſponſ. part. 2. cap. 8. §. 5. num. 10.* Fachin. *3. contr. 59.*

Modus legitimandi in ſubſequentibus conſiſtit. Ut *primò* adhibeatur liberorum, de quorum legitimatione agitur, conſenſus.

ſus. *Nov. 89. quibus mod. nat. effic. ſui* §. *generaliter.* 11. Infantes tamen & furioſi, ut legitimationis privilegio apti ſint, æquius eſt. Forſt. *6. c. 33. num. 1. & 2.* ſi præſertim legitimatio hæc ab ipſo procedat Imperatore: in Comitis quippè Palatini poteſtate non eſſe, infanti legitimorum indulgere jura, crebriori Doctorum calculo receptum eſt; niſi in privilegio Imperiali vel ſpecialis expreſſio, vel univerſim omnium omninò ſpuriorum, quibus benignâ ſubſtitutione ſubvenire queat honorarius ille Comes, inveniatur mentio. Anton. Gabriel. Rom. *lib. 6. commun. concluſ. tit. de legitimatione. concluſ. 5. Secundò* requiritur, ut ipſe Pater (cui invito heres conſtitui non debet) Principis, ad conferendam legitimationem, imploret clementiam, precibusque inſerere curet, liberorum matrem, vel vita functam, vel indignam eſſe, ut nuptiale cum ea fœdus ineat. *Nov. 74. cap. 1. & 2. & d. Nov. 89. cap. 9.* Pater autem ſi deceſſerit, filio naturali haud deneganda Imperialis eſt gratia. *d. Nov. 89. cap. 10.* Bart. *in l. Gallus. §. & quid ſi tantum. ff. de liber. & poſtum.* Hæc tamen poſt mortem patris impetrata legitimatio, ſucceſſionis commodum non præbet. Gilk. *ad l. Gallus. §. & quid ſi tantum. C. d. poſtum. her. inſtit. num. 198.* ubi, an Princeps ex abſoluta poteſtate hoc poſſit? &c. Requiritur *tertiò*, ut precibus inſeratur, an alii legitimi adſint liberi: horum enim omiſſa mentio, legitimationem ſurreptitiè impetratam fuiſſe, arguit. *Nov. 74. c. 1.* Rol. à Valle, *conſ. 89. n. 32. lib. 2. Quartò*, Citatio atque aſſenſus eorum, quorum intereſt, ad primam requiritur legitimationem. Gilken. *a. l. num. 231.* quod tamen diſtinctionem admittit. Paterna etenim petitio, quoad ſucceſſionem in propria parentum bona, nullam deſiderat citationem: adeò, ut paterna hæc in naturales Principi oblatos liberos affectio, nedùm cognatis ſucceſſionis ſpem habentibus, ſed & legitimis filiis, etiam in legitima, præjudicium inferre poſſit: tùm, quia legitimati nil differunt à filiis legitimis: *Nov. 89. c. d. in fin.* tùm quia per conſequentiam, legitima filii portio diminui poteſt. arg. *l. non uſque. 2. ff. ſi à parente quis fuerit manumiſſ.* Ruin. *in l. Gallus §. & quid ſi tantum. ff. de lib. & poſthum.* Trentacinqu. *var. reſol. 1. reſol. 2. de legit. num. 23.* Sin autem, vel parens ad cognatorum etiam ſucceſſionem, naturalibus filiis, reſcripto Principis, aditum aperire cupiat, vel mortuo patre, ipſemet filius naturalis, legitimationis obtinere velit gratiam; tunc eorum, de quorum futura agi-

agitur ſucceſſione, omittendus non eſt conſenſus. arg. *l. cum in adoptivis. 10. §. ſed ne articulum. 1. C. d. adopt.* Sc. quia iniquum eſſet, ut quis ſuæ ſoboli ex prohibita conjunctione adquiſitæ, ad ſucceſſionem ignorantis vel inviti, per legitimationis modum ſternat viam, & illicitæ libidinis fructus, ſit alienæ hereditatis commoditas. Gilk. *in l. Gallus. §. & quid ſi tantum. num. 234. C. d. lib. & poſtum.* Græv. *2. concl. 142. num. 8.* Forſt. *d. ſuc. ab inteſt. lib. 6. c. 37. num 36.* Borch. *d. feud. cap. 7. num. 25* Diſſent. tamen Dn. Bocer. *d Reg. c. 2. num. 93.* cui tunc demum aſſentior, ſi legitimationis reſcriptum ex certa ſcientia, & poteſtatis plenitudine conceſſum, nec juſtâ causâ deſtitutum fuerit: idque eò minùs ægrè ferent cognati, quia iniquitas, ſi ulla adeſſet, permiſſo teſtandi modo facilè tolli poſſet. Trentacinquius *l. d. legit reſ. 2. num. 26.* *Quintò*, ad legitimationem requiritur, ut cauſæ non omittatur cognitio, ſicuti in arrogatione fieri conſuevit. *l. ſi paterfamil. 15. §. fin. ff. de adopt.* Qua in cognitione verſatur, an ab ipſo patre, an verò eo defuncto, ab alio petatur reſtitutio, & ſi poſt obitum parentis quiſpiam hanc flagitet, an conſtet de paterna deſtinatione, ſive diſpoſitione, necne; an pater legitimam habeat prolem, cujus hereditariæ ſucceſſionis ſpem deminuere velit, an mater filii naturalis adhuc ſit in vivis, quæ adſit cauſa, cur eam matrimoniali vinculo non copulet, an fortaſſis ſupplicans hujus ſit ætatis, ut potius de juſtis liberis ſuſcitandis cogitare debeat? Quibus præterea ex meritis filii impellatur pater, ut gratiam hanc in eum conferendam eſſe exiſtimet, qua ex conſuetudine, an ex inceſta, vel adulterina coitione illegitima prognata proles? Porrò in cognitione vertitur, *an pleniſſima concedenda legitimatio, an verò ſucceſſionis ius excipiendum, an ordinaria, an verò abſoluta & extraordinaria poteſtate opus, & an vera legitimationi, an diſpenſationi locus ſit?* Quæ & ſimilia latius explicantur à Forſter. *lib. 6. cap. 33. n. 21.* & Petr. Gilken. *ad l. Gallus. §. quid ſi tantùm. num. 249. C. de poſtum. heredib. inſtituend.*

Legitimationis porrò effectus eſt, ut naturales Principis clementi indulgentiâ natalibus reſtituti, legitimis pares ſimilesvé efficiantur liberis. Nov. *89. cap. 9. in fine*, ibi: nihil à legitimis filiis differentes. Atque iiſdem privilegiis & commodis utantur, quibus cœteri ex juſtis orti matrimoniis fruuntur: Fach. *4. cap. 3.* ac quicquid de legitimis conſtitutum, ſimiliter ad legi-

tima-

timatum, niſi expreſſa adſit legis prohibitio) commodè transferri queat. arg. *l. 2. Cod. commun. de legat. l. 1.* ac ibi Bartol. & Iaſon. *ff. d. leg. 1.* cùm is, quoad Iuris effectum, verè, & non fictè dicatur legitimus; Peregrinus, *de fideicommiſſ. artic. 23. num. 30.* Quamvis vera & originaria legitimatione inſpecta, quæ eſt ex matrimonio Matrisfamiliæ, ejuſdem particeps vix fiat; & ita legitimatus fictè ſolummodò legitimus dicatur; cùm vinculum Connubiale in facto conſiſtat, & ea quæ facti ſunt, à Principe non niſi per fictionem induci queant. Forſter. *d. ſucceſſ. ab inteſt. lib. 6. cap. 37. num. 27.* Sed tamen legitimatus Patris ſubjicitur poteſtati. *d. Novell. 89. cap. 9. in fin.* Ius item nobilitatis, & agnationis acquirit. Michael Nizol. *alleg. 1. per diſcurſ.* Forſter. *dict. loc. num. 36.* ad officia, honores, & dignitates aptus redditur. Tuſchus *lit. L concluſ. 216. num. 1. cum ſeqq.* Patri inſuper, cujus conſenſu reſtitutio facta (nam eo defuncto impetrata legitimatio, ad bona aliis devoluta heredibus, non porrigitur. Tuſchus, *concl. 216. num. 40.*) ex Teſtamento & ab inteſtato ſuccedit, excluſis patruis & aliis agnatis. Alexand. *conſil. 139. in princ. lib. 1.* nec ſine nullitatis vitio in Tabulis paternis præteriri poteſt. Caſtrenſ. *conſil. 30. num. 4. lib. 1.* ac Teſtamentum ante legitimationem, Patris ob preces, factum, quaſi agnatione poſthumi reſcindit; Panormitan. *conſil. 86. num. 2. lib. 1.* Forſter. *alleg. cap. 37. num. 27* Patris donationem immodicam, inofficioſam reddit. Tiraquell. *in l. ſi unquam. gloſ. ſuſceperit liberos. num. 52. C. de revoc. donat.* Paternis in bonis legitima ei debetur. Forſter. *d. cap. num. 31.* Agnatorum, quorum conſenſu legitimatio petita, hereditas ipſi non adimitur. Tuſchus *lit. L. concl. 216.* Et ſi frater legitimatus præteritus ſit à fratre, turpi inſtitutâ perſonâ, inofficioſi querela ei competit. Anton. Peregrinus, *d. fideicommiſſ. artic. 23. num. 27. in fin.* Denique legitimatus (cœteris tamen, ut loquuntur, paribus) omnia legitimorum ſucceſſoria aſſequitur jura, ac ſi ab initio legitimè natus fuiſſet. Tiraquell. *in repet. l. ſi unquam. gloſſ. ſuſceperit liberos. num. 76. &c. C. d. inoffic. donat.* Peregrin. *d. artic. 23. num. 26.*

Sed hæc, quæ ex Principali reſcripto de Legitimatis dicta ſunt, haud adeò generaliter intelligenda, ut nulla omninò inter legitimatos, & ex juſto matrimonio ſuſceptos, ſubſit diverſitas. Equidem nonnulli exiſtunt caſus, in quibus deterioris eſſe inve-

O nium-

Digitized by Google

niuntur conditionis illi, qui per machinationem quandam, ut Iuſtinianus Imperator *in Novell. 89. cap generaliter 11.* ait, Cæſareâ intercedente gratiâ, legitimorum in ordinem relati ſunt: cùm, ut Bald. *in cap 1. num. 23. extr. de conſtitut.* allegatus à Mantic. *de coniectúr. ultim. voluntat. lib. 11. tit. 10. num 8.* refert, legitimatio Alchimiæ ſimilis ſit, quæ fictam alterius rei formam oſtendit: tranſmutare tamen unam ſpeciem in alteram non poteſt. Hinc ab Imperiali Reſcripto, in legitimorum relati ordinem, ad Eccleſiaſticas dignitates invito Pontifice, non admittuntur. Curtius, *conſil. 13.* Honded. *conſult. 37. in fin.* Eoſdem quoque, Illuſtris familiæ agnatos, quibus ſucceſſionis ſpem jura Regni, ſive Principatus concedunt, à ſucceſſione non removeri, ſuprà eſt oſtenſum. Quin etiam ſimpliciter ad dignitates legitimatus Regiæ ſucceſſionis Ius acquiſiviſſe non cenſetur. arg. *cap. ad aures. 8. extr. de reſcript. cap. fin. extr. de præbend. & cap. cùm in illis. 16. tit. eod lib. 6.* Molinæ. *ad conſuet. Pariſ. tit. 1. §. 13. num. 38. verſ. adverte tamen.* Hinc quoque legitimationem, ab Imperiali throno procedentem, ad primogenituræ privilegium ſeſe non extendere, receptior Doctorum eſt opinio. Caſtrenſ. *conſil. 18. num. 4. lib. 1.* Tuſchus, *de legitimat. concluſ. 232. in fin.* ut proinde ſecundogenitus legitimus præcedat in ſucceſſione, legitimato ætate majori. Is etenim ſecundogenitus prior legitimationis, agnationis & ſuitatis jura aſſecutus eſt, ac proinde quantum ad juris effectum, verè, non fictè, pro primogenito æſtimandus, nec ullo modo hoc ſemel acquiſitum jus ei auferri poteſt. Molin. *d. loc. gloſſ. 1. num. 32. verſ. & ſic patet deciſio.* Nec legitimatus primogenitus, poſtea ſupervenientibus legitimis liberis præfertur: ſed ad æqualem ſolùm admittitur ſucceſſionem. arg. *Novell. 74. cap. 1. in princ.* Bald. *in cap. per tuas de maior. & obed.* Molin. *dict. gloſſ. num. 47.* Niſi abſoluta Principis, expreſſè illud volentis, accedat poteſtas. Simili porrò ex cauſa, frater natalium reſtitutione impetrata, ſororibus legitimis (quæ vel ſpecialis legis, vel inveteratæ conſuetudinis vigore, à fratribus excluduntur) haud præponitur. per text. *in dict. Novell. 74. cap. 1.* Decius, *conſ. 316. & conſ. 383.* Natta. *in addit. ad Alexand. conſil. 2. num. 11. in verb. quod extantib. l. 1.*

Verùm num ſubſtitutus ſub hac conditione, *ſi quis ſine liberis legitimis deceſſerit*, à legitimato excludatur, minùs expeditum eſt

eſt. Et quamvis plerunque inter legitimationem ab Imperatore & Comite Palatino factam, diſtinguant, ac Imperatorem ex certa ſcientia ſubſtitutionem extinguere poſſe, dicant. Menoch. *d. præſumpt. 4. præſumpt. 79. num. 65.* Covarruv. *in epitom. lib. 5. Decret. cap. 8 §. 9. num. 9.* Mantica, *d. coniectur. ultim. voluntat. lib. 11. tit. 10.* Tamen, cùm in fideicommiſſis, aliisq́ue ultimis elogiis, voluntas præcipuum obtineat locum, eaque adpoſitas conditiones decenter regat. *l. in conditionibus primum. 19. in princ. ff. de condit & demonſtr.* atque quid ipſe ſenſerit Teſtator, inprimis ſpectandum ſit. *l. ex facto. 17. § ſi quis rogatus. 6. ff. ad SCt. Trebell.* Quocirca veram hujus quæſtionis deciſionem, ex concinna voluntatis defuncti interpretatione, maximè eſſe petendam, exiſtimo. Teſtatoris verò mens ſi ſpectetur, haud difficulter adparebit, eundem noluiſſe bona ſua, ad concubinæ, vel viliſſimi ſcorti partum devolui, & filii vel alterius illicitam approbare libidinem. Quæ præſumptio, cum veriſimilitudine ſubnixa ſit, minimè rejicienda. Veriſimilitudo etenim, in qualibet attendi debet materia, eadem naturæ eſt cognata, adeoque potens, ut pro lege habeatur, & conjectura omnis voluntatis à veriſimili deducatur. *l. ſi ſervus plurium. 50. § ult. de legat. 1.* Schæffer. *1. quæſt. 29. num. 6.* Præcipuè autem in elicienda Teſtatoris mente, veriſimilitudinis ratio plurimum habet ponderis: *l. cùm avus. 102. ff. de cond: & demonſtr. l. cùm acutiſſimi. 30. Cod. de fideicomm. l. ex facto. 43. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* atque id attendendum, quod defunctus interrogatus veriſimiliter reſponſurus fuiſſet *l. cum in teſtamento. 24. ff. de reb. dub.* Et ex arbitrio & opinione viventium, plerunque colligimus deſideria morientium. Arumæ. *2 deciſ. 2. num. 4. & ſeqq.* Cùm præſertim negandum non ſit, legitimorum appellationem, propriè ex juſtis nuptiis procreatis convenire. Et proinde, à propria hac & potiori ac digniori verborum ſignificatione non eſſe recedendum, niſi contraria proferentis adpareat voluntas. *l. non aliter. 69. de legat. 3. l. 1. §. qui in perpetuum. 1. ff. ſi ag. vectig. vel emph. pet.* & argu. *l. 1. §. biduum. 5. ff. quando app. ſit.* Ac verba ſecundum verum & naturalem intellectum interpretanda, nec ad ea, quæ per accidens fiunt, referenda, naturaliſque cauſa, non accidentalis, potiſſimùm attendenda ſit. argum. *l. qui habet. 3. in pr. ff. de tut. c. requiſiviſti. 13. extra de Teſtamentis.* Forſter. *de ſucceſſ. lib. 6. cap. 34. num. 48. cum ſeqq.* Hæcq́ue deci-

ſio (quæ defenſorem quoque invenit Petr. Gilken. *ad ſæpè alleg. l. Gallus. §. quid ſi tantum num. 248.*) noſtra in Germania minus dubii habet: Legitimos quippe liberos vocamus Ehliche Kinder / legitimo nimirum provenientes ex matrimonio, quorum verborum conceptione abſque dubitatione, verè legitimi & naturales intelligendi ſunt liberi, *per text. in c. cùm in cunctis. 7. & c. innotuit. 10. extr. de elect.* Mantic. *de conject. ur. ult. volunt. lib. 11. tit. 10. num. 23.* Et hæc, quæ pro ſubſtituto ad excluſionem legitimati, dicta ſunt, præcipuè obtinent, ſi ſubſtitutus non ſit extraneus, ſed defuncti conſanguineus: ſique inſuper Teſtator nobilis, dignitateque præditus, vel honeſtæ vitæ & converſationis fuerit, ut inde facilè conjici queat, eum familiæ ſplendorem, ſpurio & inſititio germine inficere & obſcurare, prohibitæque libidinis monumenta extollere nunquam voluiſſe: de quo videatur Mantica. *d. tract. lib. 11. tit. 10. num. 34.* Sanè ſi ex verbis Teſtamenti, vel conjecturis adpareat, Teſtatorem legitimatum excludere noluiſſe, vel ſi Teſtator in legitimationem conſenſerit, vel ſaltem legitimatum, poſt impetratam reſtitutionem, in cognatorum habuerit numero; tùm non injuriâ eundem ſubſtituto præferimus, per ea quæ tradit Mantica. *d. l. num. 18.* Sed de feudali quid ſtatuendum ſucceſſione, *num Cæſareo legitimatis reſcripto, ad beneficia militaria patet aditus?* Quod de ſimpliciter legitimatis negatur, *per tex. in tit. 26. §. naturales. lib. 2. feud.* hocque in feudis etiam fœmininis obtinet. Weſenbec *conſ. 6. num. 20.* Schrader. *de feud. part. 7. cap. 5. num. 20.* licet poſt impetratam demùm legitimationem, Pater novum acquiſiverit feudum, per textum generalem *in d. §. naturales.* ubi verbum poſteà, non ad Inveſtituram, ſed nativitatem refertur. *lib. 2. Feud.* Roſenthal. *de feud. cap. 7. concluſ. 19. num. 6.* Quamvis per ſubſequens Matrimonium legitimorum adepti jura, à feudis arceantur minimè; Matrimonium etenim eſt favore digniſſimum, & per illud, omne, quod circa natales erat, vitium, ſublatum, ac tempus conceptionis & matrimonii conjunctum eſſe intelligitur. *c. lator. 6. extr. qui fil. ſint legit.* ut proinde tàm in rebus allodialibus, ſive propriis, quàm feudalibus ſuccedant. *c. tanta eſt vis. 6. extr. d. t.* Qui textus & ſimiles, cùm Iure feudali expreſsè non ſint correcti, meritò illibatum obtinent vigorem, *per cap. 1. in fin. princ. lib. 2. Feud.* latè Hartm. Piſtor. *part. 2. quæſt. 41.* Quod extenditur,

Digitized by Google

ditur, etiamſi matrimonium in mortis articulo (ſine fraude tamen. Nicol. Intrigl. *in centur. qq. feud. quaſt. 9. num. 263.*) contractum fuerit. Gail. *2. obſerv. 141. num. 9.* Covarruv. *lib. 4. Decret. de nupt. rub. Matrimon. lib. 2. num. 10.* adeò, ut Regalis quoque vel Principalis dignitatis capaces ſint ſubſequente matrimonio legitimi redditi. Roſenth. *de feud. cap. 7. concluſ. 18. num. 10.* Sed hæc, quæ de Principali Reſcripto legitimatis dixi, vim ſuam perdunt, ſi quis ab Imperatore ad feuda etiam legitimatus fuerit, quamvis ipſorum feudorum, ad quæ legitimatio porrigi debeat, ſpecialis non requiratur expreſſio. Clarus, *de feud. quaſt. 82. num. 1. in fin.* In quo tamen, hoc adhibendum eſt moderamen, ut Domini non negligatur conſenſus. Præſumitur enim, eundem omnem omninò maculæ ſuſpicionem à Curia ſua remotam eſſe velle: cùm præſertim inveſtituræ de heredibus, intelligendæ ſint de Heredibus feudalibus, quibus haud accenſentur legitimati. Eodem modo (ſi de feudo agatur antiquo) agnatorum quoque mens & voluntas, quibus Ius ex prima Inveſtitura competens, niſi ſumma, urgensque accedat cauſa, non facilè auferendum, exploranda eſt. Molinæ. *ad conſuet. Paris. §. 8. gloſſ 1. num. 39.* Menoch. *conſ 16 num 21. vol. 1.* ubi hanc opinionem magis receptam eſſe teſtatur. Quamvis Gailius *2. obſ. 42. num. 3.* Piſtor. *2. quaſt. 40. num. 25.* & Roſenthal. *d. concluſ. 19. num. 24.* exiſtiment, ſi expreſsè adpareat, Principem agnatis præjudicium creare voluiſſe, quod extra ordinariâ adverſ. eos, in legitimatiore, ad antiqua etiam feuda, poteſtate uti queat. Sed an hoc in noſtrâ Germania, in quâ Legibus circumſcripta vigere cenſetur poteſtas, locum habeat, aliorum relinquitur judicio.

Venia ætatis.

MAjorum inſuper Regalium generibus accenſetur quoque *Venia ætatis poteſtas, nimirùm Adoleſcentibus Ius legitimæ atq; completæ ætatis tribuendi,* quæ ſoli Principali convenit Clementiæ, atque de ejus reſervatis eſſe cenſetur, *l. 1. & 3. C. de his, qui ven. ætat. impetr.* Sixtin. *1. cap. 2. num. 22.* ut ne Camera quidem Imperialis jus hoc ſibi vindicare queat, ceu poſt Boc. *de Reg. c. 2. num. 133.* tradit Thom. Mich. *de iurisd. th. 32. in fin.* Inde Carolum Lotharingiæ Ducem, poſtulatum Epiſcopum Metenſem, indultum veniæ ætatis ad conſequendam inveſtituram, & adminiſtra-

 tionem

tionem Epiſcopatus, ſuperioribus annis, Imperatoris in Aulâ impetrâſſe, ait alleg. Thomas Mich. *th. 32.* Idem de Philippo Iulio Duce Pomeraniæ, teſtatur Matth. Steph. *de Iurisd. 2. p. 1. c. 1. m. 2. num. 137.* Attamen *Imperii etiam Principes, ætatis privilegium indulgere poſſe,* haud dubito, cùm idipſum cujuſvis loci magiſtratui in hoc Ducatu concedatur, in Fürſtl. Würtemb. Landtr. *p. 2. tit. 27 fol 314.* quod olim etiam factum à Leone Imperatore (cujus tamen Conſtitutiones vim legum non obtinent) *in Nov. 28.* Quin etiam moribus noſtris, minorem per matrimonii contractum completæ ac perfectæ ætatis reputari, ex allegato adparet ſtatuto, quod & in Hiſpaniarum Regnis uſu eſſe introductum, teſtatur Franciſc. de Cald. *ad l. ſi curatorem. in verbo Laſis, num. 87. C. d. in integr. reſtit. minor.*

Veniam ætatis is rectè petit, qui viceſimi anni, ſi maſculus, vel decimi octavi anni, ſi fæmina, metas implevit, qui morum honeſtate, animi probitate mentisque ſolertiâ præditus eſt, idque deindè coram competenti legitimè probat magiſtratu: aliàs principale hoc beneficium nulliꝰ dicitur eſſe momenti, *in l. 2. § fin. C. de his, qui ven. ætat.* Montan. *de tut. tut. & curat. f. m. 187. num. 57.* Quamvis hodiè ſufficere ſciam, ut cum eo, qui veniæ ætatis conceſſionem implorat, Curatores, proximique agnati ſimul preces deferant, atque de petentis ætate, animique probitate teſtificentur. Vis & effectus veniæ ætatis impetratæ eſt, ut minor rerum ſuarum adminiſtrationem (præterquàm, ſi prædia ſine decreto alienare, vel pignori ſubjicere velit: *l. 2. §. 2. C. d. t.* Würtemb. Landtrecht. *alleg. tit.* Simoncell. *d. decret. lib. 3. tit. 8. num. 24.* niſi hoc ei ſpecialiter conceſſum fuerit. Montanus, *d. loc. n. 45.*) liberam obtineat, & pro majore habeatur. *d. l. 2. in princ. & l. Si actor. 10. C. d. appell. l. ult. C ſi maior fact. al. ſin. decr fact. rat. hab.* Cùm inter ætatem legitimam à Principe ante annum 25. impetratam, & ætatem juſtam ac jure civili completam, in iis caſibus, quibus civiliter factum, eundem effectum, quem naturaliter factum habet, nihil interſit, ut ait Cothm. *conſ. 44. num. 21.* Adeò, ut etiamſi minus idoneè rem ſuam adminiſtrare videatur minor, in integrum reſtitutionis auxilium implorare non poſſit. *l. 1. C. d. his, qui ven. ætat. impetr.*) Nam qui veniam quærit ætatis, minor naſcendo, grandævus cœpit eſſe conſilio, ac quod in humanis rebus audaciſſimum eſt, ad erroris auxilium, beneficium contemnit anno-

annorum, ut eleganter ait Caſſiodor. *variar. lib. 7. epiſt. 41. Sed num adverſus ipſam veniæ impetrationem, reſtitutioni locus eſt?* quod negat Gœdd. *ad l. 21. num. 2. & 4. d. V. S.* affirmat Fr. Cald. *d. verb. læſis. n. 86 & ſeq.* Ego exiſtimo, ratione contractuum poſt veniam geſtorum, reſtitutionem generalem contra veniæ conceſſionem indulgeri non debere, ne contrahentes principali circumſcripti videantur auctoritate. arg. *l. 1. C. h. t.* Oſvvald Hillig. *in Donel. enucleat. lib. 21. c. 12. in addit. lit. Z.* reſpectu verò contractuum futurorum, reſtitutionis auxilium neceſſarium non eſſe; cùm ordinaria renunciationis via ſufficiat: Regulariter enim ordinarii remedii præſentia, extraordinario auxilio moram injicit, ut patet ex his, quæ tradit Roland. à Valle, *conſ. 59. num. 2. lib. 1.* Sfort. Odd. *p. 1. d. reſt. in integr. q. 17 art. 2. &c.* dummodò renunciatio teſtatò & apertè fiat, ut in omnium pervenire queat notitiam. Quadriennii inſuper beneficium, minoribus poſt impletam ætatem ad petendam reſtitutionem in integr. indultum, à veniæ impetratæ tempore computatur. Borgnin. Cavalcan. *tract. de tut. & curat. ſect. 3. num. 15.* Cothm. *lib. 1. conſ. 44. num. 21.* Matth. Steph. *d. memb. 2. num. 142.*

Cùm verò, ut ſupra dixi, non ſolùm Wirtembergenſi ſtatuto, ſed & plurimarum gentium conſuetudine, ii, qui exactâ nondum pubertate, nuptiali ſeſe implicant vinculo, rerum ſuarum aſſequantur adminiſtrationem, ac his, quibus ætatis conceſſa venia, pares efficiantur: idcircò non abs re quæritur, *an hiſce in locis matrimonii contractus extinguat quoque reſtitutionis ſpem?* Et quamvis æquipatatorum natura ſit, ut quod in uno eorum conſtitutum eſt, idem in altero quoque ſtatuendum cenſeatur, Schult. *1. q. 15. num. 20.* ego tamen maritatis neceſſarium hoc præſidium denegare non audeo. Statuta etenim, quantùm fieri poteſt, cum jure communi in concordiam ſunt reducenda, & ita interpretanda, ut prædicto accommodentur juri, illudque quàm minimùm lædatur. Rol. *conſ. 72. num. 57. vol. 1.* Schæff. *1. q. 1. num. 12.* Ac caſus à ſtatuto omiſſus, ſub juris communis relinquitur diſpoſitione. Pruckm. *conſ. 17. num. 16. vol. 1.* etiamſi major adſit ratio. Honded. *conſ. 8. num. 16. lib. 1.* Quamobrem, cùm Cæſareis in legibus nec matrimonium, nec liberorum numerus impediat reſtitutionis beneficium, prædictum ſtatutum (quo minoribus in matrimonio conſtitutis, rerum ſuarum competit ad-

petit ad-

Digitized by Google

petit adminiſtratio) ad reſtitutionis denegationem non extendendum eſt:

Cùm præſertim haud levis ſubſit diverſitatis ratio; veniæ etenim ætatis conceſſio legitimâ firmatur cauſæ cognitione, & induſtriis ſolummodò convenit adoleſcentibus; matrimonii verò contractus cujuslibet legitimo relictus eſt arbitrio, nec animi firmitatem perſonæve induſtriam, ſed ſolummodò requirit conſenſum. Accedit Doctorum hæc aſſertio, quod reſtitutionis beneficium non ceſſet, etiamſi ſtatuto cautum reperiatur, actum ratione minoris ætatis non eſſe infirmum, vel ut in aliquo actu minores pro majoribus reputentur. Bart. & alii, *in l. un. C. ſi de moment. poſſeſſ. appellatum fuerit.* Corn. *conſ. 198. num. 7. lib. 3.* Præterea ad impediendum reſtitutionis auxilium, generalis non ſufficit comprehenſio; ſed ſpecialis mentio ablatæ reſtitutionis, ut adſit, neceſſarium eſt: ſi præſertim diſpoſitio generalis in alio remedio ordinario effectum conſequi queat. Borgnin. Cavalcan. *tract. d. tut. & curat. ſect. 3. num. 5.* Sfort. Odd. *d. reſtit. in integr. pag. 1. quæſt. 15. art. 9. num. 94. verſic. & ita tenendum &c.* Hocque ex eo quoque comprobatur, quod Covarruv. *1 var. reſol. cap. 6. num. 8.* tradit. Quamvis *in cap. ult. d. judic. lib. 6.* cautum reperiatur, minorem 25. annis poſſe in ſpiritualibus, uti major, in judicio agere, etiam ſine curatore, nihilominus tamen reſtitutionem ei concedendam accommodandamque eſſe, ſi in eodem judicio contigerit læſio. Et ut propiùs ad rem accedamus, quòd in integrum reſtitutio ſublata haud cenſeatur, etiamſi à municipali lege minor pro majore habeatur, communiter receptum eſſe ait Ludov. Roman. *conſ. 90. num. 2.* & Baptiſt. à Villalobos, *in opin. com. verb. minor. num. 94.* adeò, ut nec quidem hæc verba emphatica, quòd minor in omnibus, & quoad omnia, majoris ſuſtinere debeat perſonam, reſtitutionis obſint beneficio; uti auctoritate Matthæi de Afflictis tradit Sfort. Odd. *all. art. 9. num. 45.* rejectâ Boerii, *deciſ. 350. num. 4. in medio.* & aliorum opinione, qui prædictam opinionem ad eum ſolum reſtringunt caſum, quando minor aliquo ſpeciali in actu pro majore reputatur: non verò, ſi in omnibus ejus actibus, negotiis, vel in omnibus & per omnia, loco majoris habetur. Quare firma permanet concluſio, quod Jus noſtrum municipale, aliorumque locorum conſuetudines

nes, quibus libera maritatis conceſſa eſt bonorum adminiſtratio, reſtitutionem in integrum minimè tollant, &c.

Porrò, cùm Reipublicæ maximè conducat, ut Reges, Principes, Comites, aliique illuſtri dignitate conſpicui, ad legitimam uſque ætatem, Curatorum utantur auctoritate, quorum conſilio atque prudentiâ, Regnorum vel Principatuum teneant gubernacula, quia præſertim indignum eſſe videtur, eum, qui ſtabilem mentem nondum adeptus, ſapientum hominum jura pertractare, atque ſubditos, Pacis, belliqùe tempore (quod ſine conſilii maturitate fieri non poteſt) decenter conſervare. *arg l. fin. C. de milit. teſtam.* Corſet. *de poteſt. reg. pag. 3. num. 2.* Caſtald. *de Imp. q. num. 25.* Tiraqu. *de primogen. quaſt. 40. num. 207.* niſi Regnorum & principatuum legibus, moribuſve contrarium ſit receptum, vel Imperii Princeps, Imperiali privilegio aliud obtinuerit. Quæritur inde, *an Cæſareum eiuſmodi reſcriptum, à Principe, Comite vel Barone minorenni impetratum, ius legitimæ in fratres impuberes conferat tutelæ?* Quod negatur haud immeritò, cùm, ut ait Imp. Iuſtin. *in §. item maior. 13. Inſt. de excuſ. tut.* incivile ſit, eos, qui alieno auxilio in rebus ſuis adminiſtrandis (ætatis imbellitate inſpectâ) egere noſcuntur, alienam tutelam, curamve ſubire: idque ſi in privatis receptum, illuſtrium perſonarum reſpectu exceptum minimè videtur; dominationis etenim non eſt ea facilitas, ſecuritaſque, ut qui adminiſtrationi ſuæ, niſi ſingulari ex privilegio, non ſufficit, ſufficiat alienæ; qui non idoneus eſt privati, idoneus ſit alieni negotii. Præterea, hiſce in caſibus, quibus decreto ſpeciali opus habet minor, veniæ impetrationem non ſatis eſſe, oſtendit Cothman. *conſ. 44. num. 28. lib. 1.* hocque communi adprobatum eſſe opinione, ait Carol. Ruin. *conſ. 126. num 6. vol. 5.* Verùm tutores quoſcunque ſuperioris auctoritate conſtituendos eſſe, adparet ex Politica conſtit. Auguſtæ Vindelicorum, Anno 1548. promulgata, & Anno 1577. Francofurti reviſa, *tit. 13.* hancque Conſtitutionem ad Duces etiam, Comites, alioſque regalem obtinentes dignitatem, extendendam eſſe, probat Tiraquell. *d. iure primogen quaſt 40. num. 210.* & argumentum præbet *text. l. 1. C. d. tutor. vel curat. illuſtr. vel clariſſ perſon.* Doctoreſque inſuper tradunt, generali ſub diſpoſitione, etiam comprehendi perſonas privilegiatas, ſi non reperiantur exceptæ. *arg. l. in fraudem. 15. §. fin. ff. d. teſtam. milit. l. ait prætor. 10. § ſi cummu-*

P *lier. ff.*

lier.14. ff. quæ in fraud. credit. Tiraquell. *d. retract. conſangu. §. 1. gl. 14. num. 96. cum ſeqq.* ac inde, ſub qualibet diſpoſitione generali, Duces etiam, Comites, ac Barones continentur. Schrader. *tract. de feud. p. 10. ſect. 19. num. 10.* qui tamen tutorem ab illuſtri perſona, regalia & omnimodam obtinente juriſdictionem, Teſtamento minus ſolemni datum, confirmatione nullâ egere exiſtimat, quod generali textui, in allegata Politica Conſtitutione, *Anno 1577. Franc. edit. titul. 32.* adverſatur, ubi conſtituitur, daß ein jeglicher Vormunder/ er ſey gleich in Teſtaments weiß verordnet/ oder durch das Recht/ oder Richter gegeben/ ſich der Vormundſchafft nicht underziehen ſolle/ die Verwaltung ſey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen. Et quod Ducibus ac Principibus Imperii, Tutores in Aula Imperatoris plerunque dentur, aut confirmentur, oſtendit Roſenth. *de Feud. cap. 12. concluſ. 10. num. 64.* ubi in Camera etiam Imperiali hoc fieri poſſe, & ſæpius factum eſſe teſtatur, & impetrandi etiam modum, ac requiſita neceſſaria præſcribit. Sic Marchioni cuidam Badenſi, paternis ex tabulis. Cancellarius Tutor adjunctus, & *Anno 89.* in Camera confirmatus fuit, ut refert Compilator præjudic. Cameral. §. *tutor.* & ſententiam, tutoris confirmatoriam, reliquit nobis Sailer. *in* Cammergerichts Urtheln ꝛc. *verb. tutor.* Quamobrem cùm, ut dixi, illuſtrium etiam perſonarum tutelæ, Imperiali egeant decreto, ætatis verò indulgentia in rebus decretum exigentibus non ſufficiat; conſectarium inde eſt, ætatis veniam non efficere, ut minor, ſpeciali non impetrato privilegio, fratris impuberis tutelam ſubire queat; cujus opinionis patrocinium ſuſcipit, præter Matth. Steph. *tract. de Juriſdict. p. 1. cap. 1. m. 2. num. 143.* Erneſtus Cothman. *conſil. 44. num. 26. cum ſeqq.* ubi tamen *num. 50.* adjicit temperamentum, niſi Ducatûs, Provinciæ, vel Reipublicæ utilitas aliud ſuadeat, vel ſupremi Principis authoritate, Tutela confirmata fuerit, &c. Cœterum, cùm Princeps ætatis defectum, prædicto indulgentię modo ſupplere queat, haud incommodè quæritur, *an eo uſque extendenda ſit hæc poteſtas, ut Imperiali reſcripto, pupillo, teſtandi facultas concedi poſſit?* Et indignum eſſe videtur Iuſtiniano Imp. *in l. ultim. C. de teſtament. militis.* pupillum, eumque qui ſtabilem nondum adeptus mentem, in tenera ætate, permiſſâ teſtandi licentiâ, propinquis nocere, propriam extraneis relinquendo ſubſtantiam. Accedit, quod

impu-

Digitized by Google

impuberes, nec velle, nec nolle habeant, *l. Pupillus. 189. de R. I.* ac nullo prædiri ſint intellectu. §. *Pupillus 9. Inſtit. de inut. ſtipul.* ſintque incapaces conſiliorum, & firmo careant judicio, *l. more. 8. §. fin. ff. de acquirend. hered.* atque ignorent, quicquid vident, *l. 1. in fin. Cod. de falſ. monet.* nec ſcire aut diſcernere poſſint. *l. Pupillum 9 ff. de acquirend. hered.* Hacque ætatis imbecillitate inſpecta, Bald. *in l. unic. Cod de confeſſ.* ait: *Impoſſibile eſſe, ex principali etiam privilegio, poſſe pupillum teſtari, cùm intellectus præſertim defectus nulla tolli queat diſpenſatione.* Bald. *in l. Barbarius. ff de offic. prætor.* Inde in Topico Wirtembergenſium jure, *part 3. tit. 2. fol. 327.* (in quo ætas ad teſtandum apta, nulla ſexus habita ratione, ſedecim annis definita eſt) Princeps ſuperioritatis regali privilegio, iis ſolummodo ætatis diſpenſationem, qui intra 14. & 16. ætatis annum conſtituti ſunt, ex cauſa legitima promittit. Verùm enimvero, ſi pupillus proximè ad pubertatem acceſſerit, dolique capax, atque ſufficienti ad Teſtamentum intellectu præditus ſit, dubitandum non eſſet, quin ex poteſtatis plenitudine Princeps ei ſubvenire poſſit. Hoc quippe in caſu, ætatis defectum non naturalem, ſed civilem eſſe, docet Angel. *in d. l. fin. Cod. de teſtam. milit.* & ita ſentit Iaſon. *in l. reſcript. 7. C. de precibus Imp. offer.*

Arrogatio.

A Veniæ ætatis conceſſione, non longè abſcedit Imperialis auctoritas, interveniens in adoptione ejus, qui ſui juris: quæ arrogatio ut plurimum fortunæ in remedium fit, ut, qui non eſt pater naturâ, pater ſit legibus. Hæcque olim Curiatis in Comitiis populo competebat. Agell. *noct. Att. 5. cap 19.* deinde lege Regia in Imperatorem tranſlata eſt. cujus ſolius auctoritate eos, qui ſui juris, arrogamus. *l. 2. in pr ff. de adopt. l. arrogationes. 6. C. d. t. §. Imperatoris 1. Inſtitut. eod.* idque hac ratione receptum, quoniam in arrogatione ſtatûs agitur cauſa: is ſiquidem, ſui juris qui erat, per arrogationem juris fit alieni; de ſtatu autem Civis Romani publicè à populo, vel Imperatore populum repræſentante, peragitur. Vult. *in princ. Inſtit. de adopt.* Inde arrogationem de reſervatis Principis eſſe, ac niſi ejuſdem interveniat auctoritas, patriam poteſtatem non tranſire in arrogantem, dicit Card. Tuſchus. *lit. A. concluſ. 214. in fin.* Ac eandem poteſtatem reliquos

Digitized by Google

etiam Principes, Electores, Duces, Comites, Barones &c. inter ſuos ſubditos obtinere, docet Dn. Harppr. *in §. adoptio. num. 5. Inſtit. de adopt.* Arrogationem hanc in omnibus ferè imitantur uniones prolium, quæ in noſtra maximè Germania plurimis in locis, accedente magiſtratus auctoritate, ac propinquorum, & tutorum curatorumve conſenſu, ſtatutis vel moribus receptæ ſunt. Gail. *2. obſ. 25.* Nicol. Betſ. *de pact. famil. illuſtr. cap. 4. fol. m. 133.* Et quamvis fœminæ (utpote quæ liberos in poteſtate non habent) niſi ſingulari Principis indulgentia, ob ſolatium liberorum amiſſorum, adoptare non queant, *§. fœmina quoque. 10. Inſt. de adopt. l. mulierem. 5. C. eodem.* hæc tamen civilia Iura Reginis non obſunt. Inde Iohanna Neapoleos Regina Ludov. Andium Ducem, Caroli Francorum Regis fratrem adoptavit, eique regnum ſuum, adoptionis nomine reliquit; repudiato Alphonſo Aragonum Rege, quem prius Pontificis auctoritate adoptârat. Sic quoque Henricus Pomeraniæ Dux, *Anno 1408.* à Margarita Wolmara, Daniæ Regina, adoptionem meruit. Bodin. *de Republic. lib. 1. fol. m. 47.* Honeſta tamen utiliſque arrogato arrogationis cauſa ut ſit, neceſſe eſt, ut Cautionem præſtet arrogator, ſi intra pubertatis annos deceſſerit pupillus, reſtituturum ſe bona illis, qui, ſi adoptio facta non eſſet, ad ſucceſſionem ejus venturi erant. *§. cùm autem 3. Inſtitut. dict. titul.* Sic Fridericus I. Victorioſi cognomine ſplendens, Comes Palatinus Rheni, nepotem ex fratre Ludovico Electore, Imperandi dulcedine captus, adoptavit, ſub conditione de non contrahendo matrimonio, & ditione ſua in Bavaria ſuperiore, cum Electoratu Palatinatus unienda. Quod adoptionis genus, Nicolaus Pontifex (ut ait Æneas Sylvius, *in Europa, cap. 40.*) confirmavit; Fridericus verò Imperator ſæpè multumque requiſitus, agnoſcere recuſavit. Betſ. *de pact. famil. illuſtr. alleg. cap. 4. fol. m. 135.* hac quoque de re videndus Trithemius, *in vita Friderici Victorioſi*, & Freher. *in notis ad eundem.*

Cœterùm arrogationis effectus eſt, ut filii in poteſtatem patris arrogantis tranſeant *l. 2. §. fin. & l. arrogato. ff. de adopt.* ejuſque familiæ, dignitatis & honoris participes fiant. *l. in omni. 13.* ibi: *patria dignitas quaſita per adoptionem. ff. de adopt.* Zaſ. *in paratit. tit. de adopt. num. 14.* ut inde arrogantis parentis nobilitas ad filios etiam arrogatos pertineat. *l. Senatoris. 5. & l. liberos. 10. ff. de*

ff. de Senat. Tiraquell. *de nobil. cap. 15. num. 5.* Et è diverſo, nobilis à plebejo arrogatus, nobilitatis amittit ſplendorem. arg. *l. ultim. in fin. Cod. de impub. & al. ſubſtit. l. 1. Cod. de dignit. lib. 12. l. fœmina. 8. C. de Senat.* Cujac. *lib 36. quaſt. Papin. p. 200. col. 2.* quamvis Camm. & alii diſſentire videantur, per *l. per adoption 35. ff. de adopt. & l Senatoris. 6. §. 1. cum l. ſeq. ff. de Sen.* præterea filius patri arroganti tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato (ſi in arrogatione ad mortis uſque diem permanſerit) ſuccedit. *l. pen. § fin. C. d. t.* nec, niſi relicta quarta parte omnium arrogatoris bonorum, paterno in Teſtamento præteriri poteſt. *l. Papinianus 8. § ſi quis impuberi. 7 ff. de inoff. teſtam.* Pari quoque ratione utitur arrogator eodem jure in conſequenda filii puberis arrogati hereditate, quo legitimi & naturales parentes fruuntur. *d. l. penult. §. fin. Cod. h. tit. juncto §. mortuo. 2. Inſtitut. de acquiſ. per arrogat.* Forſter. *de ſucceſſ. ab inteſt. lib. 7. cap. 18. num 4.* Arrogatus tamen à feudali arcetur ſucceſſione, *cap. adoptivus. ſi d. feud. defuncti contr.* Zaſ. *de feud. p. 5. num. 67.* Sonsb. *in comm. Feud. p. 10. num. 63.* Schrad. *p. 6. cap 5. num. 19.* quoniam nemini, niſi naturali tramite à primo deſcendat acquirente, ad feuda patet aditus. Nec vaſallo conceditur, ut arrogando fraus fiat, domino & ſucceſſori. Roſenthal. *de feud. cap. 7. concl 30. num. 33. Quid verò, ſi arrogatio cum Imperatoris conſenſu, in hunc caſum fiat expreſſè, ut arrogatus in feudis ſuccedat?* Curt. quidem Iun. *conſ. 138.* & Menoch. *conſ 503. num. 21. vol. 6.* arrogato patrocinantur; cùm in Principis poteſtate juris poſitivi immutatio conſiſtat. Ego verò jus agnatorum in feudo paterno, contractu majorum acquiſitum, hoc modo intervertere, & ad alieni ſanguinis homines, feudalem ſucceſſionem derivare, iniquum eſſe exiſtimo; Baro Schenck. *ad cap. adoptivus filius num. 4. ſi de feud. defuncti &c.* Tiraquell. *in l. ſi unquam. verb. ſuſceperit liberos. num. 25.* niſi feudum vel novum, vel abſolutè fuerit hereditarium, & adoptatus parentis exiſtat heres. Roſenthal. *dict. concl. 30. num. 39. & 40.*

Juramenti Relaxatio.

PORrò ad hunc Regalium ordinem referunt quoque Interpretes noſtri, juramenti relaxationem, ad agendi vel excipiendi effectum, per tex. *in l. Imperatores. 38. in pr. ff. ad mun.* Borch. *de Regal. n. 4.* Roſenth, *c. 5. concl. 3.* Dn. Bocer. *c. 2. n. 135.* Etſi au-

tem Canoniſtarum ſit opinio, eandem à Pontifice Romano vel judice Eccleſiaſtico impetrari debere: quia in hac abſolutione à vinculo juramenti, de religione & ſpirituali quadam ac divina obligatione agatur; cujus remiſſio aut abſolutio ei, ad quem religionis ſpectat cura, incumbat. Covarr. *1. var. reſol. cap. 4. num. 5. & in c. quamvis. p. 1 § 3. num. 27.* Farin. *in prax. crim. q. 8. num. 143.* Tamen, cùm in omni juramento ſemper excepta cenſeatur ſuperioris authoritas, *c. conſtitutus. de reſcript. c. venientes. de iurei.* juramentumque proindè minimè ſit ſervandum, quoties ipſum ſuperiorem, penes quem legum condendarum eſt poteſtas, nolle illud ſervare, conſtiterit: ac Iuramentum non debeat eſſe vinculum iniquitatis. *d. c. venientes. de iureiur.* atque Reipublicæ maximè interſit, ne iniqua juramentorum exactio vires obtineat, *l. qua ſub conditione 8 § ſi quis ſub iuriſiurandi. 5. ff. d. cond. inſt.* Indè Princeps, qui legis ſolvendæ habet facultatem, juramenti effectum (nam conſcientiæ ſecuritas ſolius Dei opus eſt) tollere, juramentoque gravatum, legitima ſeſe offerente cauſâ, remiſſioneque ritè impetratâ, ſecurum reddere poteſt; in eâ præſertim materiâ, quæ ſeculari ſubeſt poteſtati: quia juramentum ſub hâc conditione devincit jurantem, niſi Princeps, cui juramenti ſubjicitur materia, aliud decreverit. Covar. *d c. quamvis. p. 1. §. 3 n. 36.* Sicuti ſatis cenſetur juramenti vinculum remiſſum, ſi ejus, à privato, in cujus favorem conceptum jusjurandum, impetretur liberatio. *c. 1. extr. d. iureiur.* Hæc ſi dextrè intelligantur, nulla cauſa remanebit, ex quâ Imperatori juſtè adimi queat hæc, de quâ agimus, juramenti relaxatio. Quam poteſtatem eidem, & aliis Regibus, deferunt Accurſ. *in l. adigere. §. fin. de iure. patron.* Bald. *in l. non dubium. Cod. d. legat.* Bodin. *d. Rep. lib. 3. c. 3.* Setſer. *de iuram. 1. c. 24. num. 10. & ſeqq.* De quo eò minus apud nos dubitandum, quia Principes noſtri, Auguſtanæ Confeſſioni addicti, ex religioſæ Conſtitutionis permiſſu, Epiſcopali etiam utuntur poteſtate. Cranius. *d. pac. relig. Probl. 7.* Quin, Imperiali quoque Cameræ relaxandi hæc poteſtas ab Imperatore & Statib. Imperii conceſſa eſt. Ordin. Camer. *part. 2. tit 24.* Gail. *1. obſerv. 25.* Mynſing. *3. obſerv. 99.* ad quam etiam diſquiſitio hæc, quibus verbis jusjurandum conceptum eſſe videatur, pertinet: puta, an promiſſio ſub fide Nobilitatis, Comitis, Principis, Iuramenti vim obtineat? uti oſtendit, & ſummi hujus Tribunalis

firmat

firmat præjudiciis Henric. à Roſenthal. *tract. feud cap. 12. concl. 2. num. 57.* & Matth. Stephan. *d. Iurisdiction. lib. 2. part. 1. cap. 13. in princ num. 150.* Indè, ſi reus Criminis, religioſâ præſtitâ cautione, quam Urphedam vocant, innodatus, & ſub hâc conditione, ut carceris nullo modo (weder mit/ noch ohne Recht) vindicare velit injuriam, dimiſſus fuerit, poteſt in Camerâ, ſuppliciter oblato libello, impetrare, ut Iuramento ad agendi effectum liberetur. Cammergerichts Ordnung. *d. tit. 24.* Quo tamen caſu, relaxatio non obtineri, nec etiam Mandatum adverſus Magiſtratum decerni poteſt, niſi prius Iudex à Magiſtratu præſtitæ Urphedæ cauſam exploraverit, & an jurata hæc cautio juſtè vel injuſtè extorta fuerit, cognoverit. Gail. *1. obſervat. 22 num. 4.* Adeò, ut omiſſa illa rationum exactione, ſi relaxatio improvidè concedatur, eadem ipſo jure nulla ſit. *c ad petitionem. §. ult. extr. de accuſat.* Vantius, *d. nullit. ſentent. ex defect. proceſſ. in princ.* Sed & aliis quoque Imperii Statibus, remittendi Iurisjurandi poteſtatem competere, praxis docet, & confirmat Dn. Bocer. in claſſ. *diſp. de relaxat. Iurament. th. 26.* Regali tamen jure carentibus, hancce facultatem tribuere, periculoſum eſt: non ſolùm, ne religioſum Iurisjurandi vinculum vileſcat; ſed etiam, ut infamiæ maculæ, quæ ex ſpreta juramenti religione facilè ſequi poteſt, ritè occurratur, & Conſcientiæ ſcrupulus adimatur. Tiber. Decianus in *prax. Crimin. lib. 6. cap. 11. num. 54. in fin.*

Omnes porrò, qui Iuramento iniquè circumventi, & ſine perjurii metu jura ſua proſequi volunt, abſolutionem legitimo impetrare debent modo: ut ne quidem ætatis imbecillitas, quæ Iuramento illigata, excuſationem præbeat, ſed minori, ad inſtar majoris, abſolutionis incumbat probatio. Ioſeph. Ludovic. *deciſ. Peruſin. 18 num 20.* Hæres tamen, injuſtam defuncti obligationem, liberè, citra juramenti remiſſionem, poteſt infringere. Surdus, *conſil. 294. num. 25.* Cravæus, *concl. 22. num. 15. & ſeq. lib. 1.* Indè, ſi quis male, contraque leges juraverit, ſi quis incautè, dùm obligationem illicitam non eſſe putavit, juramentum præſtiterit; ſi quis læſus enormiſſimè (quo caſu etiam à Iudice peti poteſt, ut cogat adverſarium ad remittendum juramentum. *c. 1. extr. de iureiurand.* Tiberius Decian. *lib. 6. cap. 11. num. 54.* Diſſent. Cranius, *de Pace Religioſ. Problem. 7.*) ſi minor jurejurando circumſcriptus, ſi puer vel puella, inſciis Parentibus, &

poſt

poſt ſcientiam contradicentibus, hoc vinculo ſeſe adſtrinxerint; ſi quis inique carceri mancipatus, ſub jurato elogio, de non vindicando carcere, liberatus fuerit, remiſſio neceſſaria eſt. Tiber. Decian. *d. lib. 6. cap. 11. num. 54.* in tantum, ut etiam juramentum vi, metuque & dolo extortum, Conſcientiæ ſalvandæ ergò (quæ quidem à Deo ſolùm pacatur, ſed externum inſuper non negligendum auxilium) abſolutione indigeat. Græ væus, *concluſ. 22. num. 1. & ſeqq. lib. 1.* Hartmann. Piſtor. *4. quæſt. 6. num. 68.* Pruckman. *conſ 48. num. 205.* Quâ de re Gutierrez. *tract. d. Iuram. confirmatorio. part. 1. cap. 72. num. 7.* hancee reliquit doctrinam: *quando dubium, an iuramentum ſit obligatorium, neminem, ſine ſuperioris authoritate contravenire; ſed abſolutionem petere debere. Quandò verò de iuramenti conſtet invaliditate: tunc ſi ſervari queat, ſine ſalutis æternæ diſpendio, abſolutionem quoque ſpernendam non eſſe, propter ſacramenti reverentiam, rationeque ſcandali, & ne quis, ob tranſgreſſionem, levitatis maculâ aſpergatur. Sin autem tale iuramentum in ſalutis vergat diſpendium, abſolutionis haud opus eſſe auxilio.* Cui addendum, optimæ Mentis eſſe indicium, ibi culpam agnoſcere, ubi culpa eſt nulla. *An verò abſolutio neceſſaria, ſi iuramentum aliquis non corporaliter præſtiterit, ſed ſub fide nobilitatis promiſſionem fecerit?* Et Mynſinger *reſp. 3. decad. 11. num. 125.* abſolutionis viam tutiorem eſſe, cenſet.

Sed juſta hujus vinculi remittendi adeſſe debet cauſa. *l. ult. ff. qui ſatisdar. cog. l. ult. Cod. de non num. pecun. l. adigere 6. §. ult. ff. de Iure Patron.* quæ ex perſona præcipuè Iurantis æſtimanda, cui remiſſionem concedendam eſſe, anteà dixi, ſi quis dolo, vi, metuvè inductus fuerit. Quibus etiam caſibus ejus, cui præſtitum eſt juramentum, favor ſpectandus: juramentum quippe relaxandum eſſe rectè dicitur, ſi illud abſque peccato recipientis ſervari non queat. *c. 1. & c. debitores. extr. de iureiur.* Fachinæus *lib. 3. controverſiar. cap. 14. in fin.* Paris. *conſ. 69. num. 158. vol. 3.* Graviſſima verò læſio relaxationi locum præbet, ut etiam ad contractum juramento firmatum, enormi & ultra dimidiam adparente læſione, enervandum ſufficere eam dicat Pinel. *ad l. 2. p. 3. c. 1. num. 8. Cod. d. reſc. vendit.* Cujus adprobo opinionem, dùmmodò læſio dimidiam pretii, vel juſtæ æſtimationis partem longè excedat, ut doloſa quodammodo circumventio reſultet. Etſi enim Pinellus, Doctorum diſtinctionem inter enormem & enor-

miſſimam læſionem, utpotè jure incognitam, non recipiat: quia tamen, quò enormior eſt læſio, eò major deceptio, & ea præcipuè ſervanda opinio, quæ juramenti religionem, quantum fieri poteſt, integram conſervat; non audeo in dimidiâ ſolùm parte læſo (de quâ læſione ſatis cogitaſſe cenſetur, qui juramenti firmitatem contractui adhibuit) ſancti hujus vinculi relaxationem concedere, quod etiam ſentit Iaſ. *conſ. 133.* & Cravett. *conſ. 221.* Capyc. *deciſ. 159.* & alii à Pinel. *d. c. num. 7.* allegati. Afflict. *deciſ. 322.* ubi hanc opinionem, tanquam æquiorem, ſemper in Conſilio Neapolitano obſervatam fuiſſe teſtatur. Hart. Piſtor. *4. q. 6. num. 71.* quo loco ait: communem InterpretumScholam docere, quod minori enormis præſtet læſio, hoc majori concedere ſolere læſionem enormiſſimam. Etenim Minorem ob enormem ſolùm læſionem, & in modico dimidiam excedentem partem, relaxationem adverſus juramentum (quo ad obſervationem contractus ſeſe obſtrinxit) ritè petere poſſe, nemo dubitat. Quâ enim facilitate minores ſimpliciter contrahunt, eâdem facilitate ad jurandum inducuntur. *l. doli. 19. verſ. diverſum. d. nov.* Covarr. *ad c. quamvis. p. 3. §. 4. num. 10.* Fachin. *d c. 14.* ubi iis, qui abſolutionem neceſſariam non eſſe dicunt, reſpondet.

Sed quid *de filia, paterna ſub iureiurando renunciante hereditati*, ſentiendum; *an & ei abſolutione ſubveniendum eſt?* quod maximè affirmandum, priori diſtinctione retentâ, ut nempe enormis læſio in minore ſufficiat; enormiſſima verò in majore requiratur. Hæc quippe læſio, prædicta perſonarum qualitate attentâ, doli in re ipſa præſumptionem inducit, & omnem conſenſum excludit. Covarr. *in d. c. quamvis. pag. 3. § 4. num. 7.* Quam tamen læſionem dotis ſolùm ratione, non totius paternæ hereditatis intuitu, æſtimandam eſſe, judico, *arg text. in c quamvis. 2. d. pact. in 6.* & patet ex iis, quæ tradunt Covarruv. *d. §. 4. num. 15.* & Andr. Gail. *2. obſ. 167.* & quomodo hoc in caſu congruæ dotis ratio ſit ineunda, tradit Menoch. *d arbitr. iud. caſ. 149. num. 15.* In petitæ abſolutionis articulo, proceſſus ordinarius non requiritur, ſed ſummaria cauſæ cognitio ſufficit. Cavalcan. *deciſ 9. num. 29.* & procurator cum ſpeciali mandato admittitur. Græv. *1. conclus. 23. conſid. 1.* *An* verò *partis adverſæ, cui iuramentum præſtitum eſt, requiratur citatio?* magnoperè diſceptatur. Et quamvis negativam ſententiam in praxi receptam dicat Mynſ. *cent. 6. obſ.*

84. communemq́ue aſſerat Anton. Gabr. Rom. *lib. 2. ſent. d. citat. concluſ. 1. num. 96.* & eandem Andr. Fachin. *8. contr. cap. 62.* adprobet; Affirmantis tamen Gail. opinionem, quam etiam ſequitur Cranius *d. conſtitut. relig. part. 1. prob. 8.* lubens amplector; tùm, quia cauſæ cognitio, qualis qualis illa ſit, partis adverſæ exigit præſentiam; *l. in cauſa cognitione. 13. in pr. ff. d. min.* tùm, quia omnis, qui judiciali ex actu lædi, & intereſſe quoddam prætendere poteſt, citari debet. *l. de unoquoque. 47. ff. d. re indic. l. & in maiorib. 20. C. de appell.* Atqui ei, cui juratum, utile eſſe, adverſarium juramenti vinculo habere obſtrictum, & aditum dubiæ ac ſumptuoſæ diſceptationis moræq́ue judicialis eſſe præcluſum, nemini non liquet.

Porrò, ante libelli oblationem relaxatio petenda. Grævz. *concluſ. 72. num. 7.* & quot ſunt capita, ſuper quibus interpoſitum juramentum, tot abſolutiones neceſſariæ, Decian. *reſp. 56. num. 95.* Hinc, ſi juratum de non petendo abſolutionem, duplici tunc abſolutione opus eſt: ut priùs remiſſio religioſæ hujus renunciationis petatur, antequàm à juramento ob ipſum contractum præſtito, relaxatio imploretur. Petr. Surd. *conſ. 424. num. 55.* Cran. *all. probl. 7.*

Effectus denique abſolutionis eſt, non ut radicitùs evellatur obligatio, virtusq́ue, quæ ex juramento accedit contractui, deſtruatur; ſed ut jurantis ſolùm perſona apta reddatur, quò ſine metu perjurii, actionis viam ingredi, vel exceptionis ſubſidio ſeſe defendere queat. Cravet. *conſ. 7. num 7. & conſ. 628. num. 5.* Tiraquell. *tract. ad reg. res inter al. acta. lim. 30.*

14. *Conſtitutio nova quando ad præterita trahatur?*

Lex nova, de ſui natura, ad præterita trahi non debet: cùm cenſeatur futuris tantùm negotiis providere; non autem imponere legem præteritis & tranſactis. *l. leges & conſtitutiones. 7. C. d. lib. cap. quoniam. ult. d. conſtitut.* Hæcq́; regula concernit non ſolùm præterita perfecta; ſed & imperfecta, ac in judiciis pendentia, ut communem dicit Vaſquez. *d. ſucceſſ. crea. §. 18. 29. requiſ. num. 280.* Etiamſi lex nova mentionem faceret de præteritis: quia non intelligitur de præteritis pendentibus & non deciſis; & ratio eſt, quia cum talis lex ſit exorbitans, & contra commu-

nes

nes juris regulas, in quantum præterita irritat, debet ſtrictè in ſuo caſu intelligi, & ſic de præteritis perfectis, non autem de pendentibus & indeciſis. Magonius, *deciſ. Lucenſ. 88.* ubi de decreto, quod imponit foro cedentibus portare *la beretta gialla*, Lucæ, Anno 70. Apr. 22. lato: nec tamen hanc pœnam impoſitam fuiſſe, ait illis, qui ejuſdem Anni 14. Octobr. petierant ſe admitti ad ceſſionem; licet illam impetraverint demum 25. Mart. Anni ſubſequentis. Idque maximè locum habere ait, in materia favorabili, ac ad evitandam pœnam, vel rigoroſum jus novum. Sic qui voluit ſolvere ante decretum Würtembergicum (volens, daß einer/ ſo böß Gelt/ oder in hochgeſtaigertem Werth auffgenommen/ darfür gutes erſtatte) & depoſuit pecuniam, ille non tenetur eo decreto. Sed ſtante Statuto, quod vir lucretur dimidiam dotis, præmoriente uxore, tunc inſpiciendum tempus mortis, non contracti matrimonii; quia ex morte demum jus acquirit. Lex etiam declaratoria, ad præterita in dubio trahi ſolet. Vaſquius, *I. illuſtr. quaſt. 44. num. 2.*

15. Conſuetudo.

Conſuetudo legis obtinet vigorem. Neque ſtatuta diſcrepant à conſuetudine, quoad cauſam efficientem, & poteſtatem. *l. magiſtratus. 25. ad municipal.* Everhard. *loc. à pacto ad legem. num. 10.* Sed tantùm quoad formam & modum: nec differunt aliter, quàm tacitum & expreſſum, ut docet Hippol. Marſil. *in l. infans. num. 17. ad l. Cornel. d. ſicar.* Quinimò conſuetudo, ſecundùm nonnullorum ſententiam potentior quoque ſtatuto eſſe perhibetur. Cravett. *d. antiqu. temp. in princ. num. 39.* Eſtque conſuetudo non minus ſpecies juris, quàm jus ſcriptum. Et ita dicitur conſuetudo jus civile & commune, in loco, ubi viget. Gail. *I. obſerv. 36. num. 13.* Cæphal. *conſ. 362. num. 19. lib. 3.* Roland. à Valle *conſ. 3. num. 9. vol. 2.* Hincque, ſi Princeps uſum omnium jurium, quæ in aliquo loco vigent, per privilegium ſpeciale confirmet, etiam conſuetudines confirmatæ cenſentur. Rauchbar. *I. quaſt. 36.*

Ac licet conſuetudo ſit jus non ſcriptum; manet tamen conſuetudo, etſi in ſcripta redigatur, facilioris probationis causâ: tunc enim ejus natura non mutatur. Aliud, ſi legiſlator ſanciverit, conſuetudinem fore legem. Lyclam. *ult. cap. 39. §. 2.* In-

Digitized by Google

deque pateſcit, legis adjunctum, non ſubſtantiale, ſcripturam eſſe; quod *alibi* dixi. Legem enim ſanctio facit, non ſcriptura. *l. 1. d.conſtitut.princip.* Conſuetudinis ſpecies eſt ſtylus, hoc eſt conſuetudo circa juris proceſſum, in curia obſervata; de quo multa habet Ioſ. Ludovicus. *deciſ. Lucenſ. 36.* Sed preſſius in conſuetudinis naturam eſt inquirendum. Iulianus JC. *in l. de quib. 32. de llb.* ait: *De quibus cauſis ſcriptis legibus non utimur, id cuſtodiri oportet, quod moribus & conſuetudine inductum eſt. Nam cùm ipſæ leges nulla alia ex cauſa nos teneant, quàm quòd iudicio populi receptæ ſunt: meritò & ea, quæ ſine ullo ſcripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid intereſt, ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis?* Non videtur quadrare hæc Lex ad Monarchicum ſtatum: nam hodie populus non fert legem. Et ideò non videtur conſuetudinem à populo introduci poſſe. Verùm tacitus ac præſumptus principis conſenſus hic intervenit; qui idem, quod expreſſus operatur. Tertullian. *lib. 1. de Coron. milit.* Conſuetudo etiam in civilibus rebus pro lege ſuſcipitur, cùm deficit lex; nec differt, ſcripturâ an ratione conſiſtat, quando & legem ratio commendet. Sed difficultas eſt in eo, *an conſuetudo vincat legem?* Ait *in d. l. Julianus: tùm demum mores attendi, cùm cauſa ſunt, in quibus non utimur legibus ſcriptis?* ſed in fine addit: *Leges per deſuetudinem abrogari.* Verùm Imperator Conſtantinus *in l. 2. Cod. quæ ſit longa conſuetudo.* reſcribit: *Conſuetudinis uſûſque longævi non vilem eſſe auctoritatem. Sed non uſque adeò ſui valituram momento, ut aut rationem vincat, aut legem.* At quoque diuturnus contrarius uſus vincit legem: ſed magis jure præſcriptionis. Arbitrium, ajunt vulgò, Iudicis intervenire, quod determinet, quale tempus requiratur ad conſuetudinem introducendam. Ergò hic requiritur longius tempus, cùm de lege abroganda agitur, quàm de introducenda. Aliàs Populus Legem non abrogat, niſi interveniat Principis ſcientia præſumpta.

Tit. V.

16. De Statu Hominum.

Aliud eſt de natura hominum quærere, aliud de Statu perſonarum, quoties incidit ſermo, de hominum conditione. Homines enim, quod ad jus naturale attinet, omnes æquales ſunt, *l.*

quod

quod attinet. 32. ff. de R. I. hoc eſt, æquè liberi naſcuntur. *l. manumiſſiones. 4. ff. de Juſtit. & Jure.* utpote quo jure ſervitus erat incognita, cùm bella nondum eſſent, unoque communi nomine omnes homines appellarentur. *dict. l. 4.* Quod ſi verò de ſtatu perſonarum quæratur, ad ſummam juris gentium perſonarum diviſionem recurrendum eſt, qua omnes aut liberi ſunt, aut ſervi. *l. Summa. 3. de ſtat. homin.* Mar. Lyclama. *4. cap. 11.* libertatem accenſet juri naturali, nobis cum brutis communi; quia naturali libertate & cœtera animalia gaudent. *§. Riparum. 4. Inſtit. de rer. diviſion. l. quod enim. 3. §. ult. & l. naturalem. 5. de acquir. rer. dom.* Sed verò libertas, ſoli homini competit natura: cœtera animalia ea conditione condita ſunt, ut dominio hominum ſubjiciantur, & capi jure queant. Hominum non eſt venatio, quamvis olim latrocinia fuerint ſub orbe barbaro uſitata, ut ex Ariſtot. *Polit. 1.* & aliis pateſcit. Homo capi nequit, niſi in pœnam, cum voluit alteri bellum movere. Quamvis hoc jure non ampliùs utamur in orbe Chriſtiano, niſi in bello, quod contra Turcas ſuſcipitur, & porrò contra non Chriſtianos: Inter eos enim inquit Apoſtolus, *ad Galat. 3.* qui in Chriſtum baptizati ſunt, neque liber, neque ſervus eſt. Quæ verò inter Chriſtianos, proh dolor! geruntur, Civilia bella ſunt, in quibus nulla captivitas eſt, quæ ſervitutem inducat. *l. poſtliminium. 19. de capt. & poſtlim. rev.* Duar. *ad t. de Teſtament.* Gothofr. *ad l. 4. Cod. de ingen. man.* cùm in Civilibus diſſenſionibus, etiamſi Rempublicam maximè lædant, non tamen in exitium Reipub. contendi, aut ſaltem hoc prætendi ſoleat.

17. *Ex* l. 3. *de Stat. homin. De Statu liberis.*

IN *l. ſumma. 3. ff. de ſtatu homin.* reſpondet Gajus JC. *ſummam perſonarum eſſe diviſionem; ut omnes homines aut liberi ſint aut ſervi.* Sed hanc diviſionem ſtatu liberos infringere, quis putare poſſet? Sunt enim ii, qui ſub conditione, teſtamento liberi eſſe juſſi ſunt. *l. 1. ff. de ſtatu lib.* Hi ergò medium ſeu tertium genus hominum conſtituere videntur. At verò ii ſervis adnumerantur. *l. ſtatu liberum. 9. in princip. l. ſtatu libera. 16. l. ſtatu liberos. 25. l. ſtatu liberi. 29. in princip. de ſtatu liber. l. 1. §. ſervi. 4. de SC. Syllan.* Difficultatem hîc movet, quod dicitur *in l. ſtatu liber. 14. d. quaſtion. ſtatu liberum, ſperandæ libertatis prærogativa, non ut ſervum ſed ut liberum puniendum*

eſſe; cui conſentit *l. moris. 9. in f. ff. de pœn. & facit. l. Divus. 9. §. ult. ff. d. qu.* Hancq; difficultatem reddit difficiliorem, quòd *in d. l. 29. de ſtatu lib.* reſponſum invenitur: *ſtatu liberos in publicis quoq; indiciis* bili odio pugnare videntur. Varias conciliationes referut Leo- *eaſdem pati pœnas, quas cæteri ſervi.* Sicque leges hæ irreconcilia- pold Hackelman. *illuſtr. quaſt. diſput. 1. th. 14.* Dominic. Arumæ. *exercit. 1. theſ. 23.* Hilliger. *ad Donellum. 2. cap. 11. in princ.* Sed diſtinguo inter delicta, adverſus heredem, & adverſus extraneum commiſſa; quod & placuit Petro Perennonio jam olim, *1. animadverſ. cap. 3. videantur etiam mea commentar. ad tit. 5. & 6. lib. 1. ff. num. 20.* Ad pœnarum mitigationem valent etiam leviores rationes, & anxiè excogitatæ. Sicq́ue ſtatu liber, ſervus licet ſit, quia tamen in eo ſtatu ſeu conditione eſt, ut liber fieri poſſit, ut liber regulariter puniri ſolet. Æquiſſimum verò eſt, ut, ſi adverſus heredem delinquat, à quo libertatem expectat, eâ prærogativâ & clementiâ, ob inſignem ingratitudinem non fruatur: eſt enim ſervus heredis, licet ſpem habeat libertatis. *l. edictum. 8. in fin. ff. d. quaſtion.* Dubium denique movet *l. cùm quis. 38. §. qui hominem. 3. ff. de ſolut.* ubi, qui ſervum debet, ſtatu liberum ſolvens, non liberatur: ſicq́ue ſtatu liber, ſervus non eſſe videtur. ℞. ſtatu liberum, reſpectu præſentis temporis, verè ſervum eſſe. At quia aliquando liber fieri poteſt, pro ſervo ſolvi nequit; ut nec ſervus in agone conſtitutus. vide etiam *l. ſtatu liberis. 3. C. de Teſtamentar. manumiſſ.*

Tit. VI.

18. *Ad l. 3. ff. de his qui ſui vel alien. Juris.*

Cui juri adſcribenda Patria poteſtas.

PAtria poteſtas Ius eſt proprium civium Romanorum. *h. l. 3. & §. penultim. Inſtitut. de patr. poteſtat.* Videantur Franciſc. Connan. *lib. 2. Comment. cap. 13. num. 2.* Bodin. *1. de Rep. cap. 4. & meth. hiſtor. cap. 6.* Petr. Gregor. Tholoſ. *11. Syntagm. cap. 5. num. 3.* Vacon. à Vacun. *1. declarat. 8.* Alberic. Gentil. *4. de nupt. cap. 1.* Frideric. Tileman. *diſput. ff. 3. th 30. & ſeq. vol. 1.* Emund. Merillius, *obſerv. lib. 2. cap. 4.* Andr. Gerhard. *diſput. ad Inſtit. 2. th. 1.* Timæ. Faber. *diſput. ad Inſtit. 5. theſ. 2.* Ego *in comment. ad dict. tit. 5. & 6. lib. 1. ff. num. 13.* qui omnes hâc de quæſtione va-

riè

riè differant. Talis nempe, ut erat apud Romanos, quæ ſcil. per emancipationem amittitur, & certos civiles, taleſque parit effectus, quales apud nullos alios populos ſunt. Et fit jus civile, cùm aliquid additur, vel detrahitur juri communi. *l. Jus civile. 6. de Juſt. & Jur.* Soli Cives Romani connubium habent; *in pr. Inſt. de nupt.* id eſt, jus uxoris ducendæ, ut exinde acquiratur patria poteſtas. Vultejus, *Juriſprud. Rom. 1. cap. 8. num. 28.* Ergò & illa poteſtas juris eſt civilis: qualis enim eſt cauſa, talis & effectus. Sed rectè tamen, ex *§. Jus autem. 2. Inſtit. de patr. poteſt.* cum Vac. à Vacuna, *declarat. 8.* argumento traditorum à Bodino, *1. de Republ. cap. 4. & meth hiſtor. cap. 6.* non evinci poſſe, quidam cenſent; jus vitæ neciſque Patrum in liberos, eſſe juris civilis Romani. vid. *§. cùm autem. 1. Inſtit. quibus mod. patr. pot. ſolv.* Patria verò hæcce poteſtas, Civibus ſolis Romanis, jure civili tributa, multis modis differt ab Imperio illo paterno, naturæ, rectæque rationis lege, apud omnes gentes, parentibus conceſſo: de quo etiam exaudienda eſt. *l. 2. de Juſt. & Jur. l. pronunciatio. 195. §. 2. de V. S. l. cum in adoptivis. 10. in pr.* ibi: *nexu divino. C. d. adoption.* Hoc & Mater habet; hoc pater habet in filio emancipato; hoc quoq; filius habet, qui ipſe, unà cum liberis, in patris ſui conſtitutus eſt poteſtate. Vide Hilliger. *2. comment. ad Donell. cap. 20. lit. c.* Coraſ. *ad hanc l. n. num. 3.* Verùm cumprimis obſtare videtur *l. patre. 8. in pr. h. t.* ubi reſpondet Ulpianus: *Jus patria poteſtatis, moribus* (ſeu Ethicâ ratione) *eſſe receptum.* Conſtat autem, illa verba (*Moribus noſtris*) frequenter accipi pro jure gentium, & ratione naturali, *ut in l. libertinus. 8. de ritu nuptiarum.* Sed ſatisfaciunt huic difficultati, quæ habet Ioh. Calvinus, *in Lexic. Jurid. verb. Moribus inductum.* Ac certè frequentiùs per illa verba, legis civilis notantur conſtitutiones, quæ poſt Leges XII. Tab. ex ſingularibus veterum Romanorum moribus per manus receptis, in jus noſtrum ſunt redactæ. *l. 2. d. vulg. & pupill. ſubſtit. l. more. 8. de acquir. hered.*

TIT. VI.

19. Ad l. 1. ff. de adopt. & emancipat.

ADoptio ſecum adfert patriam poteſtatem; id eſt, non tantùm efficit filium, ſed & omninò filiumfamiliâs. *h. l. noſtr.* Idque

Digitized by Google

quę etiam ampliant nonnulli, ut habeat quoque locum, licet adoptio ab extraneo fuerit facta. Ant. Matth. *in not. ad princ. Inſt. h. t.* Arumæ. *exercit. 2. th. 20.* Quamvis enim hodiè, eo in caſu, filius jus ſui heredis, ad bona patris naturalis, haut amittat: *§. ſed hodie. 2. Inſt. h. t.* in alienam tamen familiam & poteſtatem reverà tranſire eum dicunt. *arg. §. ſed ea omnia. 14. Inſtitut. de hered. qua ab inteſt. l. cùm in adoptivu. 10. in princ. C. h. t.* At diſſentiunt Interpretes noſtri ferè omnes; *ad §. 2 Inſt. h. t.* quibus etiam hâc in parte aſſiſtunt Marc. Lyclam. *1. membr. Eclog 25.* Timæ. Faber. *diſput. ad Inſtit. 6. th. 5.* Vultej. *I. R. lib. 1. cap. 22. num. 22.* Quæ ſententia & mihi verior eſſe videtur. Sicque nunc in adoptione (ita in ſpecie dictâ) diſtinguitur extraneus adoptans, ab avo materno aliové adoptante, in quo cum hoc vinculo Iuris civilis concurrit vinculum paternum, Iuris naturalis. Ac nempe ſi extraneo, filius, à patre naturali, in adoptionem fuerit datus; adoptatus quidem filius ejus fit, ſed non filiusfamiliâs, hoc eſt, id quidem conſequitur ex adoptionis actu, ut adoptatus filius ipſius dicatur; ſed non, ut in ipſius ſit poteſtate (Haud ſecus atque ſi ex Principis reſcripto fœmina aliquem adoptaſſet. *l. mulierem. C. h. t.* ſed adoptatus ille manet in patris ſui naturalis familia, & poteſtate; nec quicquam adipiſcitur ex illa adoptione, niſi jus ſuccedendi, in bonis patris adoptantis. Sicque rectè Bodin. *1. d. Rep. cap. 4. ad fin.* notat, olim quidem Imperium parentes in eos, quos adoptarent, perindè habuiſſe, atque in illos, quos juſto connubio quæſiviſſent: At adoptionum jura Iuſtiniani novis legibus propè antiquata fuiſſe. Non verò ambigit ille, quin jus illud adoptionum, populorum ferè omnium tàm fuerit commune, ut in uſum revocati mereatur. Sanè in Legibus Ripuariorum, Verbum *Adfatimire*, pro adoptare uſurpati (quod forſan eſt Vervättern/ Zuvättern/) & adoptivos liberos eodem jure, quo naturales ac legitimos haberi, tradit.

20. Adoptio non confert nobilitatem.

ETſi a. adoptio faciat cognationem, & agnationem; *l. 1. §. cognationem 4. ff. unde cognat.* & adoptati item augeat dignitatem; *l. in omni. 13. l. per adoptionē. 35. h. t. n. l. Senatoris filium. 5. l. Senatoris filius. 6. ff. d. Senator.* Sed non tamen, ex plebeio, hodiè nobilem reddit, nobilitatemvé, quæ nunc in uſu, procurat: niſi id ſpecialiter apud Prin-

Principem agatur. *arg. l. ſed ſi. 10. §. 3. ff. d. in ius voc. & l. ult. ff. h. t. l. ſciendum. 32. de ritu nupt.* videatur Iac. Cujac. *conſult. 56.* Tiraquell. *tract. de nobilit. cap. 15.* Dn. D. Bocer. *de Regal. cap. 2. n. 42.* Frider. Tileman. *diſput. ff. 3. th. 39. vol. 1.* Arumæ. *exercit. 2. th. 21.* Timæ. Faber. *diſput. ad Inſtit. 6. th. 10.* Valent. Arithmæ. *in peric. ſecund. diſput. 6. theſ. 5.* & attigi etiam de jure & ordin. civ. *cap. 10. num. 7.* Certè aliter ſi diceremus, tum jus nobilitandi non proprium Majeſtatis; ſed in cujuslibet nobilis poteſtate ſitum eſſet.

Ergò qui à Principe adoptatur, nobilis verè fit. *§. illud. 11. Inſtit. hic.* Ac forſan quoque, qui ſacri Oraculi auctoritate, à nobili arrogatur; quaſi ex facto, & inde reſultante Principis præſumpta voluntate. Sed verò preſſiùs in hanc rem eſt inquirendum, & Romana antiquitas indaganda. Apud Rómanos, olim Nobiles dicebantur, quorum patres aut Majores Magiſtratum Curulem geſſerunt; & ita Nobiles novis hominibus opponebantur. Hancque nobilitatem, adoptio olim dabat. Alii Patricii erant, quibus hodiè noſtrates Nobiles aſſimiles videntur. Certè Aſcon. Pædianus dilucidè, Patricios, à Nobilibus diſtinguit, cùm alicubi ait: *Sex competitores Cicero habuit, duos Patricios, Galbam & Catilinam; Quatuor plebeios; ex quibus duo nobiles, &c.* dictique Patricii ſunt, quod patres ciere quirent: ut Plutarch. notat *in quaeſt. Roman.* & id non per adoptionem poterat conferri. Sicque res eò redit, ut dicamus: adoptionem non generis, ſed officii tribuere dignitatem; & eam quæ à ſolo patre, officiiſque paternis ac avitis deſcendit, ad adoptatum pervenire. *l. Senator. 5. l. liberos. 10. ff. de Senat.* Adoptio in familiam tranſire facit adoptatum; quatenus ea pro domo, non pro gente ſumi ſolet. *fac. l. ſciendum. 32. ff. de rit. nupt.* ac videri poſſunt, quæ dixi *in tract. de Jure familiar. cap. 1. & 2.* Et in ſumma, quæcunque à patre filius habet, quæcunque in Patris dominio ac facultate poſita ſunt; ad filium adoptivum transferuntur: non quæ à natura vel genere (aut etiam ſingulari Principis privilegio) deſcendunt. *arg. l. eum qui. 3. ff. de interd. ac releg.* Et ideò nec Adoptio ingenuum facit. *l. ult. ff. de ſtatu homin.* Mercer. *opin. 1. cap. 8.*

Tandem & hoc eſt addendum: non amitti dignitatem, quam habet Pater naturalis, per adoptionem àb inferiori factam. Indeque cùm olim P. Clodius, quò à Patriciis exiret, & Tribunus

Digitized by Google

Plebis fieri poſſet, P. Fontejo ſe arrogandum præbuiſſet; atque ita plebejus factus, Plebis Tribunatum geſſiſſet: commentum hujus adoptionis, ex hoc potiſſimùm fundamento, pluribus evertere Cicero tentat, *orat. pro domo ſua.* At ais: *Mulier Plebeia nobilitatur, ſi nobili nubat.* Sed hoc fit Legis auctoritate, *l. mulieres. 13.* ibi: *genere nobilitamus. C. de dignitat.* Nec eſt abſurdum, Patrem adoptantem Nobilem eſſe, filium non. Nam & Pater poteſt eſſe Rex: Filii, præſertim ſecundogeniti, Comites, &c.

21. *Emancipatio.*

QUæri & illud poteſt, *an emancipatio, adhuc hodie, ſit ſpecies capitis deminutionis?* Textus eſt equidem *in Inſt. §. minima. 3. de capit. deminut.* ubi habetur: ſi filiusfamil. fuerit emancipatus, capite eum minui, minima capitis deminutione. Sed nec olim caput emancipatio minuebat; quatenus per eam quis ſui Iuris reddebatur: ſed propter certas ſolemnitates, quæ adhibebantur; dum nempe familiam mutaret, & trinâ venditione filius diſtrahebatur; ac ut ait JC. *in l. Liberos. 3. de capit. deminut.* in ſervitutis imaginariam cauſam deducebatur: quâ etiam ratione, mortalitati emancipatio comparatur. *in l. Gallus. 29 §. & quid ſi tantùm. 5. de lib. & poſth.* quem ritum pluribus adumbrant Pruckman. *d. Regal. §. ſoluta poteſtas. fol. 43. num. 73. &c.* Briſſon. *1. antiquit. cap. 7. & 11.* Vultei. *§. præterea. Inſtit. quibus mod. ius patr. poteſtat.* Ac exinde emancipatio nomen accepit. Emancipare enim, vendere eſt, omnique ſe jure, quod priùs quis habebat, privare: ac contra, mancipare eſt emere optimo jure. Iacob. Curtius. *2. coniectur. cap. 32.* Fr. Connan. *2. comm. cap. 14. num. 4.* Hæcque ideò ſolemnitas, cùm prorſus antiquata fiet; *l. ultim. C. de emancipat.* ſequitur, nec eam capitis ullam operari diminutionem. Weſembec. *ad §. 1. num. 5. Inſtit. de cap. deminut.* Govean. *1. lect. cap. 46.* Donell. *6. com. 16.* Nec obſtat *d. §. minima. 3. Inſt. d. cap. deminut.* ibi etenim, ut probè Vacon. à Vacuna notat, *declarat. 16. num. 11.* aſſertat Imperator: filiumfamil. à patre emancipatum capite minui; ſcilicet qualis olim emancipatio fuit. Non autem dicit: filium à patre, ut fit hodie, manu coram magiſtratu dimiſſum, capitis pati diminutionem. Quin & novo pariter jure, ſublatum eſt diſcrimen inter ſuos & emancipatos. *§. emancipatos. 3. Inſt. de exher. lib. §. emancipati. 9. Inſt. de her. quæ ab inteſt. Nov. 118. c. 1.* Ita ut ſi-

ut filius adhuc aliquo modo maneat in familia, etiam emancipatus: cùm patris cernat hereditatem, æquè ac in poteſtate exiſtens, nec exheredari queat. Tandem & hoc eſt ſciendum; non Germaniæ ſolùm, ſed & totius ferè orbis Chriſtiani conſuetudine, emancipari liberos ipſo facto, quando parentes ipſis permittunt propriam familiam habere, & nuptias celebrare, ut dixi *d. trib. domeſt. ſociet. ſpec. cap. 4. num. 8* hocque & diſertè ſancitum eſt in novo Wirtembergico jure, Ernewert Landrecht / *part. 3. tit. 13.* §. Da auch ein Vatter / ꝛc. Idque fundamentum ex parte habet ex *Geneſ. cap. 2. verſ. 25. relinquet patrem & matrem ſuam, ac adhærebit uxori.*

22. *Ad l. 2. d. t. de Adopt.*

ADoptio duobus fit modis; aut Principis auctoritate, aut Imperio Magiſtratus. *h. l. in princip.* At Cæſar. Octavium in Teſtamento adoptavit. Vell. Patercul. Ac Teſtamento adoptati cenſentur, qui in nomen & bona Teſtatoris vocantur. *l. facta. 63 §. ſi verò nominis. 10 ad SC. Trebellian.* Sed haud jure adoptio ita fieri videtur: cùm legati verbo, in ea parte legis XII. Tab. quæ Teſtamentorum jus & libertatem ſancit; haud adoptiones ſignificentur. Ergò adoptio Teſtamentaria, tanquam minus juſta, indiget Principis autoritate. *l. adoptio. 38. ff. h.* Cujac. *7. obſerv. cap. 7.* Hilliger. *ad Donell. 2. cap. 23. lit. h.* Olim apud Chriſtianos inter ſacras baptiſmi ceremonias, filii adoptabantur. Nicol. Aleman. *in not. hiſtoricis. ad Procopii. hiſt. ſecretam. fol. 31.* Leonis Imp. tempore, obſoleverat ille ritus: quare *Novell. 24.* liberorum adoptiones, ſine ceremoniis, & ſacræ regenerationis ritu, reprehendit non ſolùm; ſed & prohibet omninò. Fuit & adoptio, quæ per arma fit, barbaris moribus in Italiam propagata. Chriſt. Coler. *parergorum. cap. 7.* ubi ex Caſſiodoro, *3. var. 2.* epiſtolam refert Theodorici, ad Regem Herulorum, quæ totum hunc adaperit ritum eleganter. Nec tantùm adoptio, ſed & manumiſſio, apud bellicoſas Germanicas nationes, per arma fiebat; idem Coler. *ibid.* Quod verò Tacitus *de moribus Germanorum* ait: *Sed arma ſumere non ante cuiquam moris, quàm Civitas ſuffecturum probaverit. Tum in ipſo Concilio, vel Principum aliquis vel Pater, vel propinquus, ſcuto, frameaque iuvenem ornant:* hoc apud Nobiles adhuc frequentatur, welcher Diener

keine Wöhr tragen dörffen / ſie ſeyen dann zuvor wöhrhafft gemacht worden. Quòd item Paul. Diaconus, *1. cap. 23. de geſtis Longobard.* conſuetudinem apud Longobardos eſſe ſcribit, ut Regis cum patre filius non prandeat, niſi priùs à Rege gentis exteræ, ſuſcipiat arma, &c. hoc eſt quòd magni quoque Reges, ſich vor zeiten zu Ritter ſchlagen laſſen. qua de re alibi dicam plura.

23. *Arrogatio.*

CUm, qui ſui juris ſunt, adoptantur; ea ſpecies adoptionis propriè arrogatio dicitur: quia & is, qui adoptat, rogatur; An velit eum, quem adoptaturus ſit, juſtum ſibi filiũ eſſe, & is qui adoptatur, rogatur; An id fieri patiatur? *l. 2. §. 1. h. titul.* *Num verò interrogatio hacce, ſtipulatio ſiet?* inter Fornerium, *1. ſelect. c. 29.* ajentem, & Cujac. *9. obſervat. cap. 37.* id negantem, controverſia eſt. Ac etiam Anton. Faber. *in rational. h. ad l. neque. 24. in fin.* cenſet; rogationem illam, ſtipulationem non eſſe, cùm fiat à Magiſtratu; cujus non eſt ſtipulari. Eſt a. Arrogatio res magni momenti; utpotè quæ familiam adimit arrogato, *l. qui ex liberis. 11. §. 2. d. bonor. poſſ. ſecund. tab.* Id cùm damno Reipublicæ cedere poſſit; cujus intereſt augeri potiùs numerum, ut & dignitatem familiarum. *l. 1. §. antepenult. d. ventr. inſpiciend.* ad eam ideò neceſſarius olim erat populi, poſteà Principis conſenſus. *l. 2. §. 1. h. tit.* Nunc puto Imperii Status, conſimileſque alios, auctoritatem arrogationi celebrandæ interponere poſſe: cùm quoad ſubditos, quodque jus attinet privatum, parem ferè cum Imperatore habeant poteſtatem.

24. *Spado an adoptet?*

HI qui generare non poſſunt, quales ſunt ſpadones, adoptare queunt. *l. adrogato. 40. §. 2. ff. h. t.* At adoptio imitatur naturam: *§. minorem. 4. Inſt. h.* & adoptio locum non habet iis in perſonis, in quibus etiam natura locum habere non poteſt. *l. adoptio. 16. ff. h.* Verùm in adoptante potentia requiritur non talis, quæ ſtatim poſſit pervenire ad actum: Pacius, *1. quæſt. 32.* Ac ſpadones propriè dicuntur, qui, cùm propter vitium aliquod, liberis operam nequeunt dare, eo ſublato poſſent. Galen. *lib. 15. de uſu partium corporis humani.* Et ita, quoniam in iis ſpes eſt, ut generent, *l. Pomponius. 6. §. 2. d. Ædilit. edict.* uxores ducunt & poſthumos inſti-

inſtituunt hæredes: non item caſtrati. vid. *l. ſi ſerva. 39. §. fin. d. iure dot*, *l. ſed eſt quaſitum. 6. in princ. & §. 1. l. ſi quis poſthumos. 9. in princip. d. liber. & poſthum.* Quibus ideò nec adoptare (niſi demum Leonis *Novella. 29.*) conceſſum erat. *§. ſed & illud. Inſtit. h.*

25. *Ad l. 3. & 4.*

SI quis Magiſtratus ſit, poteſt apud ſemetipſum, vel emancipare, & emancipari; vel in adoptionem dare, & adoptari. Quamvis Magiſtratus nec ſibi, nec ſuis jus dicere; *l. qui iurisdictioni. 10. d. Jurisdict. l. un. Cod. ne quis in ſua cauſa.* & nec unus facilè duorum vicem, in uno actu, ſuſtinere poſſit. *l. ſi plures. 9. d. pactis.* Fallit tamen hoc, ubi præſentia requiritur Magiſtratus, duntaxat ad ſolemnitatem: legitimi enim actus, non valent, niſi præſente eo, apud quem eſt actio legis. *l. 2. & l. Nec adoptare. 3. d. offic. Proconſul.* Aliud autem eſt, ubi aliquo facto Magiſtratûs opus eſſet. Unde conſules quidem apud ſe, ſervos ſuos manumittere queunt: ſed ſi evenerit, ut manumittens ſit minor 20. annis, apud ſe manumittere nequit; cùm tunc cauſa conſilii ſit examinanda. Ergò tum demùm apud ſe manumittere poteſt, ſi prius apud collegam, cauſa fuerit probata. *l. un. § 2. d. offic. Conſul.* Et præterea, non quis duplici officio fungi vetatur; niſi unius exercitium alteri repugnet. *l. quiſquis. 6. C. de poſtuland.* Coraſius, ad *h. l. num. 3. in fin.* *An verò quis ſibi ipſi queat interponere auctoritatem?* tractat Rauchbar. *1. quaſt. 24.*

26. *Ad l. 17. §. 3.*

AN *& qui liberos habet, adoptare poteſt?* videatur Timæ. Faber. *diſp. ad Inſtitut. 6. theſ. 6.* Sanè, quod hîc ſcribit Ulpian. videndum: an non debeat permitti ei, qui vel unum habebit, vel plures liberos, adoptare alium &c. Id ita interpretantur nonnulli, ac ſi diceret, videndum ne permittatur. Sed magis eſt, ut dicam: in arrogatione cauſæ cognitionem requiri, nec facilè permittendum eſſe, ut is, qui liberos habet, alium ſibi filium arrogatione quærat: Sed tamen aliquando concedi; nimirùm ſi Principi videatur, illam arrogationē, vel naturalibus liberis, vel arrogato profuturam eſſe. Sicq; verba illa (videndum: an non debeat permitti) ita intelligo: videndum, num permittendum ſiet. Quorſum namque diceret, videndum, id eſt, excutiendum eſſe,

Digitized by Google

num debeat permitti, ſi certum eſſet, permitti non poſſe? Præterea *l. ſi paterfamil. 15 §. 1. h. titul. noſtr.* concedit avo nepotem arrogare; etſi filius ei eſſet. Neque hoc ſpeciale eſt in conjuncta perſona; cùm *ind l. 15.* dicatur, facere hoc avum, quaſi alium quemlibet, & nepotem, quaſi ex quolibet natum, arrogare. Nec impedit *l. cùm eum. 3. Cod. h.* ubi reſcribunt Imperatores: *Cùm eum, quem adoptaveris, libertum tuum eſſe profitearis, nec ullam idoneam cauſam precibus addideris; id eſt, quòd liberos non habeas: intelligis iuris authoritatem deſiderio tuo refragari.* Dico, arrogationem prævià cauſæ aliquâ cognitione fieri: cauſam (inter cæteras) idoneam eſſe, carentiam liberorum. Non tamen ſemper exiſtentiam eorundem, arrogationem impedire: ſi adpareat nimirum, non hoc obeſſe liberis generis utriusque.

27. *Ad l. 21.*

PEr fœminam non poteſt familia continuari; quia ea familiæ caput & finis exiſtit: *l. pronunciatio. 195. §. ult. d. V. S.* & propterea olim adoptare ea nequibat. *l. mulierem. 5. Cod. h. t.* Quippè nam adoptio, adagnationis conſervationem introducta fuit. Ea item jus ſuitatis largitur; quod fœminæ, quæ liberos nunquàm in poteſtate habet, competere nequit. Bodin. *1. d. Rep. c. 4.* ubi falli Agellium cenſet, cùm fœminas ob id adoptare non potuiſſe tradit, quòd illis in comitio conſiſtere non liceret; nam & adoptio ſine comitiis fiebat. Principis ideò opus eſt reſcripto, beneficioque, ad id, ut fœmina ritè adoptet: & etiam adoptat, ut fiat mater, non ut acquirat patriam poteſtatem. At verò minimè adprobandum eſſe videtur, quod Dn. Gothofredus *hîc* notat: Principis majorem eſſe poteſtatem, quàm populi fuit; cùm apud Populum, fœmina olim non potuerit arrogare: Ulpian. *in fragm. t. 8. §. 5.* Agell. *5. cap. 19.* apud Principem nunc poſſit. Sed ex eo id minimè conſequi patet. Lex olim fœminis adoptionem negabat: quia populus hoc fieri nolebat. Legem hanc Princeps correxit; idem populus facere potuiſſet. Populi Principisque voluntas diverſa fuit; non diſpar poteſtas. Sed hâc de re & *infrâ alibi* agam, & dixi quoque *in Oeconom. t. 3. & 4. libr. 1. ff. num. 9. ad fin.*

28. *Ad l. 22. h. t.*

IMpuberes olim arrogari non potuiſſe, tradit Guil. Fornerius, *1. ſelect. cap. 19.* Hodiè arrogari quidem queunt, ſed arrogatio illa multa ſingularia habet. Inter alia enim arrogator promittere cogitur, ſe bona arrogati, ſi is intra pupillares deceſſerit annos, proximis, quibus ab inteſtato alias debebantur, reſtituturum. *l. Non aliter. 18. & ſeqq. h. t. noſtr.* Cogitur etiam, ex D. Pii conſtitutione, quartam ſuorum bonorum relinquere arrogato. *l. Papinianus. 8. §. antepenult. d. inofficioſ. Teſtament. l. 2. Cod. h.* Impuberi item arrogato, quem arrogator emancipavit, aut mutata affectione, ſine juſta cauſa exheredavit, reſtitui debent & bona ſua, ac quarta inſuper pars ex bonis defuncti arrogatoris. *h. l. noſtr. 22. in princip.* Hæcque ideò omnia, non hereditario jure, ad pupillum, vel ejus proximos agnatos: ſed jure cujusdam debiti, & præcipui pertinebunt; ut Anton. Faber *hîc, in rational.* notat. Cœterùm magis eſt, ut eorum ſententiam probem; qui non omnium bonorum, ſed quartam tantùm portionis ab inteſtato competentis, ad arrogatum pertinere adfirmant. Coraſ. *h. Lyclam. membr. 6. eclog. 5.* Arumæ. *exercit. 2. th 19.* Dn. Bachov. *ad Treutler. vol. 1. diſput. 2. th. 9. ſub lit. E.* Si itaque arrogatus, ſuccederet cum filiis naturalibus & legitimis ſimul; tunc illa quarta foret quadrans ejus, quod habiturus eſſet ab inteſtato: *argum. l. Papinianus. 8. §. quarta. 9. d. inoffic. Teſtam.* & illam quartam, quemadmodùm in naturalibus & legitimis, auctam eſſe ad trientem puto; *auth. noviſſima. C. d. inoff. teſtament.* quia arrogati ubique liberis naturalibus æquiparantur. Dn. Bachov. *d. loc. ad fin.*

Diſſentiunt quidem multi, qui quartam omnium bonorum arrogato aſſignant: Borcholt. Heigius. Ant. Matthæ. aliique *ad tit. Inſt. d. adoption.* Joh. Vaudus, *1. variar. quæſt. 29.* Forſter. *diſputat. ad Inſtitut. 3. th. 27.* ſed leviuſculo argumento. Ajunt, quod in §. *3. Verſ. item. Inſtitut. h. t. l. 2. Cod. eod.* ſimpliciter de omnium bonorum quarta ſcriptum eſt, non ad portionis alicujus quartam reſtringi debere. Reſp. loqui leges de eo, quod plerunque fit; *l. iura conſtitui 3. & ſeq. ff. de leg.* frequentius autem tantùm is, cui liberi non erant, arrogabat. *l. ſi paterfam. 15. in f. ff. h.* Et abſurdum, plus juris habere filium arrogatum, quàm legitimum. *Quid autem, ſi plures ſucceſſivè arrogentur?* Et placet mihi

mihi opinatio Domini Iuſti Majeri, *in quaſtion. miſcell. ex lib. 1. ff. de ſumpt. th. 155. & ſeqq.* eum, qui primus fuit arrogatus, ſubſequentium minuere portiones: jam etenim primò arrogato acquiſitum eſt jus in quarta portione; ita ut arrogatio ſequens illud ei adimere non queat.

29. *Ad l. 23.*

ADoptio non jus ſanguinis, ſed agnationis tantùm adfert: ut hic reſpondet JC. Contrarium habetur *in. l. 1. §. cognationem. 4. in f. undè cognati.* Nempè quòd adoptio etiam faciat cognationem. Reſp. *h.* Anton. Faber: duplicem eſſe cognationem, civilem & naturalem. *l. Non facile. 4. §. 2. ff. d. gradibus.* Civilem connecti per adoptionem. Coraſius verò hic ait, adoptionem efficere agnationem, & qui per adoptionem agnati redduntur, ſibi invicem quoque cognatione necti: ita, ut adoptio non faciat cognationem, niſi in conſequentiam agnationis; ut ſic adoptivus fiat agnatus, & cognatus adoptantis agnatorum. *l. 2. §. parvi. 3. d. ſuis & legit.* non autem reddatur cognatus adoptantis cognatorum. Nec diſcrepat ſolutio Coraſii ab illa Fabriana; quæ enim cognatio agnationem tantùm ſequitur, ex Coraſii mente: eam civilem rectè nominat Faber. adde *l. Si is. 44. h. t.* ubi Coraſ. vid. item Contium, *1. ſubſeciſiv. 6.* Duaren. *diſput. 14. lib. 2.* Agell. *5. cap. 19. Noct. Attic.*

30. *Ad l. 36.*

JUriſdictionem dividi in voluntariam & contentioſam, juris eſt non ignoti. Et quidem hoc ſingulare juriſdictio voluntaria habet, ut poſſit ubiquè, etiam extra territorium exerceri: *l. 2. ff. d. offic. Proconſ. l. 1. Cod. d. emancip. liber.* contenta enim eſt auctoritate & præſentiâ Magiſtratûs. Cùm ergò & ad eam juriſdictionis ſpeciem emancipatio atque adoptio ſpectent; ſemper & ubique fieri poſſunt: modò apud Magiſtratum; etiam in provincia ea, quam ſortitus is non eſt; ut *in h. l. noſtr.* reſpondet Paulus JC. Adeò quidem, ut in ipſo tranſitu poſſit Magiſtratum adire pater, cùm ille in balneum aut theatrum eat; & filium emancipare, vel ſibi adoptare. *§. ſervi. 2. Inſtitut. de Libert.* Et indè extra provinciam, apud proconſulem hoc permiſſum eſt; cùm is Imperium habeat, ſtatim atque urbem eſt egreſſ.

egreſſus. *l. Non eſt. 7. ff. d. manumiſſ. vindict.* Quod in rebus, contentioſæ quæ ſunt juriſdictionis, aliter ſe habet. Non enim, etiam partibus conſentientibus, die feſto ſententiam ferre, aut in loco privato poteſt. *l. cum ſententiam. 6. Cod. d. ſentent.*

Quæſt. 31.

QUæri hîc poteſt: *an Mulier, in caſu ſtatuti, ut non contrahat, ſine Curatore, vel aſſiſtentia agnatorum; ea, quæ voluntariæ ſunt juriſdictionis exercere poſſit?* Et ſanè affirmativam ſuadere videtur, quod Bald. *in l. fin. §. neceſſitate. Cod. d. bon. quæ liber.* tradit: filium familiâs, ſine conſenſu patris in judicio ſtare prohibitum, poſſe tamen ſolum donationem inſinuare. Sed tamen in contrariam ſententiam, Stephanus Lambertengus, *in tr. de contract. eor. quib. ſine certa ſolemnitate contrahere permiſſum non eſt, gloſſ. 3. in verb. ex contractu vel quaſi. num. 63.* inclinat: cùm diverſa ſit ratio in muliere, ac in filiofam. quoniam is jure communi, judicio intereſſe, ſine paterno conſenſu, prohibetur; non etiam contrahere, aut ſe obligare.

32. *Ad l. 38. & ſeq.*

PRincipem legibus ſolutum eſſe, ſuprà, *ad l. Princeps. 31. ff. de lib.* eſt dictum: ejuſque poteſtatis hîc proponitur exemplum; quòd nimirùm adoptionem non jure, id eſt, non ſolemniter, nec ſecundum præcepta legum factam confirmare poteſt. *h. l. noſtr. 38.* puta, ſi eſſet celebrata apud eum, qui legis actionem non habet. *l. magiſtratum. 4. h. tit. noſtr.* Ac pertinet ad Principis auctoritatem, ſupplere ſolemnitates, ut adpareat, eum ſupra leges eſſe. Indeque Hardewigus Daſſel. *conſ. 1. num. 21. ad fin.* ita definit plenam illam ſolutamque poteſtatem: quòd ſit *jus regale Principibus in præminentiam ſuæ dignitatis conceſſum; quò actum, qui aliàs ad ſui perfectionem, diverſas requirit juris civilis ſolemnitates; his omnibus ſpretis, inſuperque habitis, conficere poſſit.* Sed operæ pretium eſt videre, quomodo abſoluta illa poteſtate uti debeat Princeps? Id quod Divus Marcus Antoninus, cognomento Philoſophus (præſtantiſſimus Imperator, & qualem ſemper Plato exoptavit; quique verè Philoſophicam diſſertationem, de vita ſua inſcriptam, promulgavit) in *hac l. noſtr. 39.* docet: Nimirùm Iudices priùs æſtimabunt, & adhibendi ſunt, qui con-

S tradi-

tradicerent, id eſt, qui læderentur illa adoptionis confirmatione: liberi ſcil. naturales, qui aliàs in univerſum jus ſuccederent patri; non autem cognatorum præſentia neceſſaria eſt. *l cum adoptio 7.h.t.* Coraſ.*h.* Haud itaq; abſolutâ & privilegiatâ illâ poteſtate uti debet Princeps, ex lubidine privata; ſed ex boni viri arbitratu: ſi puta, citatis & auditis illis, quorum intereſt, perſpexerit, neminem exindè lædi, nec aliquid contra rationis naturalis æquitatem honeſtatemque concedi. Undè, ſi ſubſtantia actus ipſius deeſſet (conſenſus puta, &c.) non poſſet Princeps eum ſupplere defectum. Extraordinaria illa poteſtas, cujus intuitu, jure poſitivo omni, abſoluta reputatur majeſtas, tùm demùm eſt uſurpanda, quandò aliàs juris legalis propter rigorem, ſalus publica, aut veritas & juſtitia, periclitarentur: ut docui *in tractat. de Maieſtat. fol. 69.* Omnia genuina Majeſtatis propria, ad Reipublicæ ſalutem, unicè dirigi debent. Faceſſant itaque Aulici placentini, ſerva pecora, qui flagitioſiſſimâ metamorphoſi, illam ſummam poteſtatem, in horribilem licentiæ quidvis faciendi tempeſtatem, contra Dei, gentium, Statûsque Reipublicæ leges, improbè transſmutare; & ſic Majeſtatis purpuram, maculoſo tyrannidis vellere; civium dignitatem ac libertatem, aſininâ & ſervili abjectiſſimæ patientiæ veſte induere ſatagunt, nec aliter Principum jura & exiſtimationem ſalva eſſe poſſe, confidentiſſimè nugantur. Dn. D. Lanſ. *diſput. ad Inſtitut. decas theſium per ſaturam inſcripta, quæ extat tom. 4. diſput. Baſileenſ. th. 2.* Non poteſt illud Princeps facere, quod faciendo peccat. Capyc. *deciſ. 166. num. 12.* Pravum proindè eſt illud generale dictum; *poſſe Principem, de poteſtatis plenitudine, etiam nulla cauſa ſubſiſtente, tollere & conferre dominium alterius; quodque Imperator de plenitudine poteſtatis, dominium auferre queat nobis, nulla cauſa ſubſiſtente, &c.* Camill. Borell. *in ſumma deciſ. tit. 12. num. 12. &c.*

32. *Ad l. ult.* ubi De Legitimatione.

Patria poteſtas non acquiritur, niſi vel juſtis nuptiis, vel adoptione, ordinario jure. Et tamen filius naturalis, hoc eſt, extra juſtas nuptias, vel in ſervitute quæſitus auctoritate Principis poteſt legitimari: *h. l. n.* quia is eſt viva lex, & ſupra leges omnes. Et tamen hic iterum videmus, Principis illam ſublimem poteſtatem non debere cum injuria alterius eſſe conjunctam. Talis nam-

namque noſtræ legis caſus eſt: Stichus ſervus, in ſervitute generavit Getam; ambo manumittuntur; Geta filius, Principis authoritate legitimatur, & in poteſtatem redigitur ſui Patris Stichi. Non tamen ea legitimatio ingenuum reddit, ſed manet libertinus; id eſt, Patrono ſuo ad debitam reverentiam, & alia eſt obligatus. Et nec à Principe natalibus reſtitui poteſt, niſi conſentiente Patrono. *l. pen. & ult. de natal. reſtit.*

Sed quia materia Legitimationis frequens & utilis eſt; de ea per diſcurſum tantùm, quædam ſubnectere lubet: nam & alii hic ſedem conſtituunt materiæ huic. Hackelman. *in quaſt. illuſtr. 1. th. 20. &c.* Iure autem Iuſtinianeo, tres ſunt modi legitimationis; oblatio Curiæ, Principis beneficium ſeu reſcriptum, & matrimonium ſequens. *§. ult. Inſtit. d. nupt. l. cùm quis. 10. l. quoniam 4. C. d. natural. lib. Novell. 89. cap. 2.* Curia autem in Municipiis, dicta fuit ab initio, corpus ſeu Senatus, aut ordo eorum, qui in conſilio publico erant; unde Curiales, item Decuriones vocati fuêre: *l. Pupillus. 239. §. Decuriones. 5. d. V. S. ubi Alber. Gentil.* ex eo, quòd initio, cùm coloniæ deducerentur, decima pars eorum, qui ducebantur, conſilii publici gratia, conſcribi ſolita fuit. Et ita retinetur nomen, etſi ratio illa ſit immutata. Indeque poſtea omnes, per quos functiones publicæ obirentur, curiales adpellati fuerunt: *l. Curiales. 39. l. Curiales. 47. Cod. d. decurionib.* è quibus decuriones, Curiæ quaſi Senatores erant. Curiales autem ita Curiæ & miniſteriis addicti fuerunt, ut ſi ſe eximere niterentur; à majoribus Magiſtratibus, manu injecta retrahi potuerint, ut ex multis legibus *tit. Cod. d. decurion.* adparet, ac item videri hac de re queunt Briſſonius, *4. antiquit. 13. &* Gothofred. *ad rubric. d. t. Cod. d Decurion.* Sicque Curiales, ſub Romanis Principibus fuêre, ex Principalibus Civitatum, & qui munera omnia ſuſtinere cogebantur, ab iiſque tributa exigebantur. Eorum autem conditio cœpit paſſim moleſtiſſima reputari; quia à Præſidibus, exactoribuſque Tributorum plerunque inquietabantur, cogebanturque de ſuo tenuiorum onera ſupplere. Et ideò prohibita eis erat alienatio prædiorum, ne ſolum verterent, evitandorum munerum cauſa. Alciat. *in parerg.* Nec etiam mortis cauſa donare, vel alio modo bona ſua, per ultimam voluntatem, relinquere potuerunt. *Novell. 87.* Hinc cùm multi curialium munera fugerent, &, hominum penuriâ, Curiæ collaberentur;

S 2 Theo-

Theodoſius Imperator ſtatuit, liberos naturales, Curiis civitatum deditos, legitimos reddi: *l. Si quis. 3. C. de natural. liber.* Rittershuſ. *ad Novell. part. 4. cap. 12. num. 10.* quò nempè hocce præmio, plures ad Rempubl. allicerentur. Aldobrand. *ad tit. Inſtit. de nupt. §. aliquando autem.* Hicque modus legitimationis (qui inſuper proprius erat maſculorum tantùm) mutata Republ. ut alia multa, exolevit. Ex quo patet, perperam ab Accurſio, & aliis, quos quoque ſequitur Schneidewinus, *Inſtitut. de patr. poteſt. num. 16.* tradi; eos, qui in Principis miniſterium dantur, hocce modo legitimari: Aliud enim eſt Curiæ offerri, aliud in Principis Miniſterium pervenire. Cùmque ratio ceſſet in iis, qui ad Principis miniſterium dantur, propter quam legitimatio per Curiæ oblationem inventa fuit; ſanè extenſio hæc fieri nequit; ut rectè Donell. notat. *2. comm. cap. 21.* cùm, ubi progredimur ab uno ad alium caſum, ſimilis debeat eſſe ratio utrobique. *l. Non poſſunt. 12. ff. de legibus.* Secundus modus legitimationis eſt Principis Reſcriptum: *Novell. 89. cap. 9.* & *Novell. 74. cap. 2.* ego *in tract. de Maieſt. fol. 177.* aut quibus ipſe hanc facultatem conceſſit; ut ſunt Comites Palatini. Gail. *2. obſerv. 142. de quibus eſt diſput. latiſſ. in tom. 3. Juris publici* Arumæ. Habet enim Imperator poteſtatem, naturales reſtituere naturæ (hoc eſt, reducere rem ad illud tempus, quo de jure merè naturali, & gentium inſuper multarum nihil dùm erat ſtatutum, ut per ſolemnitates certas, & dotalia inſtrumenta, nuptiæ inirentur: *arg. l. Imperialis. 23. C. de Nupt.* nuptiæque à Concubinatu vix diſcrepabant) aut verò privilegia civilia, ex legitimis nuptiis prognatis liberis conceſſa, etiam naturalibus, vel Spuriis communicare. At ſi ipſe Comes Palatinus naturales habet liberos; *an in caſu exiſtentium legitimorum, ac ſi non ei hoc expreſſè in privilegio ſit conceſſum, proprios ille naturales legitimare poteſt?* Negant multi, cùm hoc peccandi anſam Palatino dare poſſit. Sed ratio hæc leviuſcula eſt; & ideò rectè Duarenus *de adoption. cap. 13.* diſſentit. Nam quæ voluntariæ ſunt juriſdictionis, apud ſe expedire licet, ut jam dixi *ſuprà.* Quærunt etiam illud: *an ſpurius abſens, conſtituto ad id ſpecialiter Procuratore, natalibus reſtitui,* ſeu, ut vocant, *legitimari queat?* Id quod affirmo. vid. Cotaſ. *ad l. 24. ff. h.* In omni enim cauſa, quamlibet gravi & ardua, regulariter admittitur Procurator, *l. 1. §. uſus. 2. de Procurat.* Et ubi conſenſus, aut voluntas

Digitized by Google

tas alicujus requiritur; non valdè refert, ab initio conſentiat ipſe, vel ratum habeat ex poſtfacto. *l. fin. C. ad SCt. Maced.* Nec quem moverit illud, quod abſens arrogari non poteſt, etiam per Procuratorem. *d. l. 24. & l. ſeq. in f. h. t. n.* Diverſa namque longè eſt adoptionis cauſa; in qua nominatim conſtitutum ſcimus, arrogandi voluntatem perſonaliter exquirendam. *l. in adoptionibus. 5. h. t.* & quidem non perfunctoriè, ſed ſolenni præpoſitâ interrogatione. *l. 2. h. t.* cujuſmodi formula non poteſt ab abſentibus tractari, cùm ſit ſolemnis. Anton. Faber. *ad dict. l. 24.* Diſquiritur porrò; *An, ſi in privilegio Comitis Palatini mentio ſit tantum facta ſpurios legitimandi, is etiam poſſit ſpurias legitimare?* In negativam propendit Ioh. Petrus Ancharanus, *part. 1. qu. 62.* Sed communior eſt opinio, quæ affirmat. (1.) Quia Maſculinum comprehendit fœmininum. *l. 1. ff. de V. S.* (2.) Quia major eſt poteſtas ſpurios legitimandi, quàm fœminas: cùm ii promoveantur ſimul, ſeu habiles reddantur ad dignitates, officia, &c. (3.) Quia verſamur in favorabili caſu, ubi extenſio privilegii locum habet, *CC. in cap. fin. extr. de Simon.* Quæritur item: *An infans poſſit legitimari à Comite Palatino, abſque ſpeciali Reſcripto?* Fatetur equidem ille idem Ancharanus, *d. quaſt. num. 14.* infantem poſſe legitimari: ſed tamen ignorantium legitimationem ad Principem ſpectare; & ideò in privilegio Comitis Palatini adponendam eſſe ſpecialem clauſulam, legitimandi infantes. Verùm putarem, privilegium generale etiam comprehendere infantes: modò tamen ii, non inſciis, vel Tutoribus vel parentibus naturalibus aut cognatis, legitimentur. Inprimis autem hîc eſt notandum, legitimationem, ita in genere dictam, duplicem eſſe; legitimationem ſpecialem, & diſpenſationem: ajuntque, minus diſpenſationi, quàm legitimationi, propriè & ſpecialiter ſumptæ, ineſſe. poſt Gail. Grævæ. *lib. 2. concl. 142. conſiderat. 2.* Ac ſanè in liberis ex complexu parentum, qui tempore conceptionis, de jure divino, non prohibebantur matrimonio jungi, procreatis, & reſcripto legitimatis, plena illa legitimatio locum habet: non item ècontra, quando impediuntur matrimonio copulari: eo namque caſu diſpenſatio, non verò legitimatio cenſetur. Menoch. *conſil. 842. num. 5.* Quæ tamen ſententia ab omnibus non eſt recepta, quemadmodum etiam Fachinæ. *3. contr. cap. 57.* ab ea diſſentit, ut & Socin. Iun. *conſ. 93. num. 51. vol. 3.* ac Rol.

à Valle. *conſ. 96. incip. decreveram. num. 19. volum. 3.* Ac Fachinæus nominatim ſcribit, filium ex coitu damnato & nefario natum, reſcripto autem Principis legitimatum, abſolutè ac per omnia legitimum effici: & ſic legitimationem veram, non diſpenſationem eſſe. Attamen non poſſum Menochii ſententiam, quam ille latè & multorum authoritate probat, improbare: prætertim ſi Princeps non in reſcripto prægnantes clauſulas addat. *Et ferè eſt, ut dubitem adhuc, an hoc Princeps poſſit:* Non enim Iuris tantùm Civilis & poſitivi ſunt illa, quibus tales liberi prægravantur: nam & natura inceſtum abhorret, & Divinum jus magis favet illis, qui à copulatione non præternaturali deſcenderunt. Ita ex illicito complexu procreati, puta ex adulterio, (aut in locis Catholicis ex Sacerdote in Sacris conſtituto) qui omnes dicuntur inceſtuoſi, non ita plenam acquirunt legitimationem, nec ea privilegia nanciſcuntur, præſertim quoad ſucceſſiones, quæ verè legitimati: cùm cenſeantur tantummodò diſpenſati; quicquid dicat Rol. à Valle. *conſil. 96. incip. decreveram. num. 89. vol. 3.* ubi plures adducit, qui conſuluerunt: Comitem Palatinum poſſe legitimare filium Sacerdotis, quoad honores & alia temporalia; ut & Socinus Iun. *conſ. 93. num. 51. vol. 3.* ſcribit: ita per totum orbem ſervari, ac dicere contrarium, eſſe infinitas legitimationes deſtruere, quæ pro firmis & validis ſervantur. Sed tamen ſemper differentia eſt facienda inter eos, qui ex damnato complexu, & eos, qui ex ſimplici vel fornicatione, vel concubinatu oriuntur: Namque legitimatio plena favet etiam parentibus, quo favore digni non ſunt hanc indignitatem committentes. Verùm expeditum eſſe videtur, ſi quis vel ad diſpenſatum dicat, quòd ſit ſpurius vel baſtardus, actione eum teneri injuriarum; & incidere in pœnam Privilegio ſeu Inſtrumento legitimationis comprehenſam. Ludov. Roman. *conſ. 387. incip. in terminis, &c.* Porrò autem ex dictis conſtat, ſpurii legitimationem non valere, niſi Principi legitimanti ipſa ſpecies ſpurietatis (ut loquuntur noſtrates) nominatim expoſita ſit. Fachinæ. *3. cap. 61.* Cævallos, *in opin. comm. contr. communes. qu. 203. à pr.* Cravett. *conſ. 686.* quia Principi omnia ſunt exponenda, quæ ad gratiam concedendam ipſum retrahere, aut reddere eam difficiliorem poſſunt: *cap. poſtulaſti. de reſcript.* Nec ergò ſufficit narrare, filium ex adulterio natum eſſe; ſed opus videtur, ut dicatur, utrumque

paren-

Digitized by Google

parentem, vinculo matrimoniali nexum fuiſſe. *contra* Fachin. *3. c. 60.* Namque gravius delictum eſt, ſi uterque matrimonio innodetur. Berlich. *tom. 4. concl. 27. n. 7. &c.* Vulgò Oberhurerey vocant, & majori pœnâ id delictum affici ſolet. Quæri hîc poteſt: *Utrum Princeps legitimare poſſit alterius ſubditum, ita ut ſuccedat etiam iis in bonis, quæ in alterius territorio ſita ſunt?* quod Fachin. *lib. 3. contr. c. 58.* negat: per *l. ult. de Juriſd.* Ego quidem concedo, Principem non poſſe legitimare ſubditum alienum, quoad bona in alterius territorio ſita: cùm hîc, nec perſonæ, nec rerum ratione juriſdictio ſit fundata; Sed ſi Princeps abſolutus ſuum ſubditum reſtituat legitimitati; autumo id etiam extra territorium valere, Ego *tract. de Maieſt. fol. 157.* cùm deceat vicinum, vicini jura comiter conſervare. Unde in Gallia nobilitatus, etiam in Germania pro tali habetur. Sic pariter fides Archivi, extra territorium protenditur. Ruland. *de commiſſar. cap. 5.* Ac ſi perſona ſit alicui ſubjecta, & à ſuo domino legitimata, in conſequentiam etiam veniunt bona, *arg. tradit. à me, in tract. de Jure civium. fol. 82.* Verùm in Principe inferiori, qui univerſalis juriſdictionis prærogativa caret, aliud eſt: unde Status Imperii legitimare non ſolent; videatur Petrus Weſembec. *conſil. 8. à pr.* quia ipſorum regalis poteſtas territorio circumſcribitur. Hincque Notarios haud creant, non nobilitant, non etiam reſtituunt famæ, &c. quia extra eorum territorium haut tales eſſent. Ejuſmodi itaque actus expedit Imperator, vel ab eo hancce poteſtatem habentes, ex prærogativa univerſalis juriſdictionis. Et item contra Fachinæum, *3. cap. 59.* putarem, in locis, ubi jus Canonicum omninò valet, non poſſe Principem ſecularem legitimare ad bona patris ſui, Clerici filium: quia Princeps non poteſt diſpenſare contra Canones, filium talem eâ ſucceſſione privantes. Naturali autem filio, vivo atque conſentiente pâtre juſtis deficientibus liberis, legitimato vera propriaque legitimatio confertur. Peregrin. *d. fidei commiſſ. art. 23. ſub num. 36.* Surdus, *conſ. 453. num. 29.* Sicque filius, ſi ad inſtantiam vel ſui, vel ex materna linea conjunctorum legitimetur; Pater citationem obtinere poteſt, ad videndum illam legitimationem caſſari: quod tamen ita intelligo, ut filius nihilominus fiat legitimus, ſed Patri non ſuccedat. Aliàs verò obtinet Legitimatio, etiam agnatis vel cognatis nondùm priùs citatis, & de eorum intereſſe auditis. Gail.

2. obſ.

2. obſ. 142. num. 1. & 2. Cævallos. *quæſt. 582.* Dn. D. Bocer. *d Regal. c. 2. num. 99.* Ita tamen, ut quidem ipſamet legitimatio, haud corruat; quin legitimatus patri heres exiſtat: non verò illa cenſeatur ad jus mutuæ ſucceſſionis, inter non vocatos agnatos & cognatos, proroganda. Gilken. *in l. Gallus. §. & quid ſi tantùm. num. 234. C. d. poſth. hæred. inſtit.* Petra, *de poteſt. Princ. c. 32. quæſt. 1. incip. aliud quoque exemplum. ſub num. 20.* Papon. *d. Arreſt. 5. tit. 5. arr. 2.* Nec aliquid virium detrahitur legitimationi, per exiſtentiam filiorum patri poſteà, legitimis nuptiis procreatorum. Roſenth. *d. feud. cap. 7. concl. 19. ſub lit. E. in allegat.* At quando filii legitimi jam extant, eorundem citationem neceſſariam eſſe, Gail. *d. loc.* docet: *ſub num. 11.* Surdus *conſ. 377. num. 36.* aliâs illa nulla eſſet, quoad præjudicium eorum. Peregrin. *d. art. 23. num. 55.* Sin autem, ut interdùm fieri ſolet, clauſula reſcriptis adponatur: Sine præjudicio eorùm, qui ſucceſſuri ſunt ab inteſtato; tunc ea id operatur, ut legitimatus ex teſtamento admittatur, & ab inteſtato excludatur, ab agnatis & cognatis intra 4. gradum; cæteros verò, ut & uxorem ac Fiſcum removeat. *vid.* Fachin. *3. cap. 62.* Cævallos *opin. comm. contr. comm. quæſt. 124.* Ita pater, in imperfecto etiam teſtamento diſponere poteſt, quod concernat filios legitimatos; pariter ut inter verè legitimos potis eſt. Fachin. *4. cap. 3.* Sed anxiè diſputant Moderni, *utrum Principis reſcripto legitimatus, ſtatuto, quo fœmina, extantibus maſculis, à ſucceſſione arceantur, etiam comprehendatur: atque ita exiſtentiam maſculi interpretando repræſentet?* Sed negativa, etiam Camerali præjudicio roborata, placet Grævæ. *2. concl. 140.* Et invincibilem rationem habet, quia verba ſtatutorum propriè ſunt intelligenda; legitimati autem propriè non dicuntur legitimi; cùm dicat Imperator noſter: *facimus eum velut ex quadam machinatione cognatum.* Novell. *quib. mod. natur. effic. ſui. §. filium.* videatur Fachinæus. *6. cap. 1.* Cævall. *quæſt. 2.* latiſſimè. Sic pariter donatio non revocatur per legitimationem hanc; ut aliâs fit per nativitatem legitimorum. Cævall. *quæſt. 720.* Sic & filii naturales, Principis reſcripto legitimati, in conditione poſiti, non excludunt ſubſtitutum. Fachinæ. *4. cap. 53.* Sic multò minùs in feudis ſuccedent. *cap. naturales. ſi de feudo defunct. controverſia ſit.* Roſenthal. *d. feud. c. 7. concl. 19. lit. f.* Aliud dicunt; ſi ad feuda, etiam generaliter, fuerit quis legitimatus. Sixtin. *d. Regal. 1. cap. 3. num. 33.* per *l. quoties.*

tiet. 2. C. de precib. Imp. offer. Idque maximè in feudo novo locum habere putant. Vulte. *1. de Feud. cap. 9. ſub num. 93.* Schrad. *de feud. part. 7. cap. 5. ſub num. 123.* Aſt pietatis & æquitatis eſſe videtur, dicere; legitimationem ejuſmodi, in præjudicium agnatorum & Domini, non debere concedi, niſi juſtâ vel legitimâ cauſâ Imperator ductus eam feciſſet. Gail. *2. obſ. 142. ſub num. 15.* Zaſ. *de Feud. part. 8. num. 75.* præclarè Schenck. *in d. cap. naturales. num. 8.* ubi ita ſcribit: *Tunc Principis iuſſionem, ſi ſciens, poteſtatiſque plenitudine iuberet, recipiendam eſſe non nego, etiamſi de cauſa veritate ambigua res eſſet; pro ea enim præſumit, ratio docet: dùm tamen ſi iuſtus, ſi prudens, ac ponderoſo iudicio ſit; non Tyrannus, non inconſultus, non ex aulicorum arbitrio pendens, non facilis in diplomatis elargiendis.* Conſentit Dn. Vulteius, *tract. de Feud. 1. cap. 9. ſub num. 93.* Roſenth. *cap. 7. concl. 19. ſub num. 30.* Fachin. *7. cap. 49. & ſeq. &c.* adde Hottom. *conſil. 29.* De legitimatione per ſubſequens matrimonium, nunc etiam ſuccinctè dicam: eaque à Iuſtin. inventa maximam vim habere ſolet. *c. tanta. 6. extr. qui filii ſint legitimi. ubi CC. l. Divi. 5. l. cum quis. 10. C. de natur. liber. Novell. 74.* & *Novell. 89. §. ult. Inſtit. de nupt.* & prorſus ita legitimati pro ſuis ac legitimis habentur; neque tantùm patri ſui & legitimi fiunt, ſed & conſanguinei redduntur cognatis, jusque agnationis acquirunt. Ac ideò quoque in feudis ſuccedere dicuntur. Borcholt. latè & eleganter, *de Feud. cap. 7. ſub num. 48.* licet feudum ſit conceſſum filiis ex legitimo matrimonio natis, Seinen Eheleiblichen Kindern/ die Er in dem Ehebeth erzeuget/ ꝛc. cum Fachinæo, *lib. 7. cap. 51.* Licet enim Matrimonium ſubſequens non poſſit efficere legitimos filios anteà natos per ſe; attamen lex ſuccurrit, de filiis anteà natis idem ſtatuendo, quod de naſcituris. Nec eſt quod quis verborum proprietatem, legum autoritati voluerit præferre: cùm etiam lex contractus interpretetur. Sic & filii per ſubſequens matrimonium legitimati ſubſtitutum excludunt, ſi conditio fuerit adſcripta: ſi deceſſerit abſque liberis, de, vel ex legitimo matrimonio natis: Grav. *2. concl. 136. num. 23. &c.* nam & hic eædem militant rationes, quæ in feudo, ut mirer diſſentire Fachinæum, *lib. 4 cap. 54. & lib. 10. c. 71.* Pariter Legitimatus matrimonio ſubſequenti, appellatione filiorum, in ſtatuto fœminarum excluſivo venit; quamvis Statutum loqueretur de filiis legitimè natis. Grav. *2. concl. 141.* idemque

rumpit donationem. Cravett. *conſil. 1001.* Ac procedit legitimatio hæc, etſi in articulo mortis matrimonium contrahatur. arg. *cap. literaturum. 3. extra de voto.* Fachin. *4. cap. 55.* Ego *1. de Succeſſ. & Elect. cap. 9. n. 9.* Sed tamen circa hanc etiam legitimationem certæ perpenduntur conditiones, quas enumerat Grav. *d. concluſ. conſiderat. 1.* Ac quidem ſunt, qui (1.) æqualitatem conditionis omninò requirunt; quòd nempe fœmina vilis à nobili non poſſit ita duci, ut liberi quoad ſucceſſionem, & omnia, legitimentur. Gabriel. Roman. *6. tit. de legitim. concluſ. 1.* Vaſquius, *controv. 3. cap. 41. num. 1.* Alii hoc non obeſſe cenſent. Gail. *2. obſ. 141. num. 3.* Fachinæ. *3. cap. 53.* Menoch. *conſil. 174. num. 6.* hancque veriorem & communiorem opinionem eſſe, aſſerit Ioſeph. Ludov. *concluſ. 26. num. 11.* ac eleganter probat Sarmientus. *1. cap. 7. ad fin.* Et hac firma nititur ratione, quia matrimonium inter has perſonas valet, licet altera ſit vilis & indigna. Quod tamen, quoad illuſtres perſonas, limitant quidam; ac videri poſſunt, quæ tradidi *lib. 1. de Succeſſ. & Elect. Reg. cap. 9. per diſcurſum.* Porrò de jure civili maximè (2.) quidam putant, neceſſarium eſſe, ut legitimandi fuerint ſuſcepti in concubinatu; hoc eſt, ex muliere retenta in domo. Peregrin. *de Fideicommiſſ. artic. 24. num. 5.* Valent. Forſter. *de ſucceſſ. 6. cap. 30. num. 4.* De jure canonum tamen ſecus eſt. Gabriel. *d. concluſ. num. 56.* Sarmientus, *d. cap. 7.* ubi ait, opinionem in utroque foro, tam Eccleſiaſtico quàm civili, ſequendam eſſe, ut naturales habeantur filii, nec ſpurii ſint, quos pater pro naturalibus agnoſcit, licet mater non fuerit domi retenta; modò non aliud vitium obſtet, ut ſcil. concubitus ille pro adulterino vel inceſtuoſo habeatur. Quodque ſpurii ex ſtupro nati fiant naturales, docet Gail. *2. obſ. 141. num. 4.* Palæott. *de ſpur. cap. 12.* Theſſaurus, *deciſ. 126.* Pro requiſito (3.) ponunt nonnulli, dotalia inſtrumenta: idque de jure civili expeditum eſt. *l. nuper. 11. C. de natural. liber. Novell. 12. de inceſt. nupt. cap. 3.* Menoch. *conſil. 16. per tot.* Vaſqu. *illuſtr. controv. 3. cap. 41.* Verùm Imperiales hæ conſtitutiones, jure canonico exiſtimantur abrogatæ; latè Decius, *conſil. 155.* Peregrin. *d. fideicommiſſ. artic. 24. ſub num. 55.* Theſſaur. *deciſ. 83. num. 1.* Cævall. *quæſt. 591.* Schrader. *de Feud. part. 7. cap. 5. ſub num. 31.* Ac ſanè jus Canon. licet de ſucceſſione nil diſponat; vocat tamen ad ſucceſſionem non directè, ſed per obſtaculi remotionem.

Fachin.

Digitized by Google

Fachin. *3. cap. 51.* haſque diverſas opiniones ita conciliat Forſter. *6. de ſucceſſ. cap. 21. num. 7.* ut prior in illuſtribus, poſterior in iis, minoris conditionis qui ſunt, procedat. Requiſitum (4.) eſt, ut, tempore conceptionis, matrimonium inter concumbentes ſubſiſtere poſſit. Sed ſunt verò multi qui affirmant; quòd ſufficiat, ſi tempore nativitatis filiorum, contrahi potuiſſet. Fachin. *3. cap. 50.* cùm in jure conſtitutum ſit, ut nativitatis vel conceptionis tempus inſpiciatur, quatenus magis expedit filiorum legitimitati. *l. qui in utero. 7. de ſtat. hom. l. nuper. 11. C. de natural. liber.* Gaſp. Ant. Theſſaur. *in addit. ad deciſ. patris ſui. 196.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. artic. 24 ſub num. 50.* Unde idem Fachinæ. *dict. lib. cap. 52.* docet, filios per ſubſequens matrimonium legitimari, ſi eorum parens Clericus fuerit in minoribus ordinibus conſtitutus, Eccleſiaſtica beneficia habens; licet inſpecto præſenti ſtatu, inter Clericum & mulierem, matrimonium haud poterat eſſe; poteſt enim poſtea, per diſpenſationem, matrimonium contrahere, beneficio dimiſſo. Sed hæc legitimatio non procedit, ſi concubitus adulterinus vel nefarius adſit. Sicque dici nequit, legitimari filium in adulterio conceptum, licet poſtea matrimonio per mortem legitimæ conjugis ſoluto, illa quæ in adulterio polluta fuit, ducatur, ut Sarmientus docet. *1. quaſt. 6.* ac probat *cap. tanta. 6. qui filii ſint legitimi.* & videri poteſt *conſil. 1. ſubjunct. diſſertationi meæ de Nuptiis.* & item ea, quæ dixi *in ead. diſſertat. cap. 7. num. 4.* Puto tamen, filium etiam adulterinum legitimari, altero ignorante, & in bona fide exiſtente; ut eſt text. *in cap. ex tenore. 14. extr. qui filii ſint legitimi.* Licet enim operam illicitam det etiam illa, quæ ignorat ſecum conjugato coire: tale tamen, & tam grave peccatum ſe committere ignorat, ac etiam facit aliquid favor prolis. Diſſ. Fachinæ. *3. cap. 55.* Ultimum requiſitum ajunt eſſe, conſenſum legitimandorum liberorum. Fachinæ. *3. cap. 54.* Sarmient. *1. cap. 8.* quod tamen controverſia non caret. Legitimantur verò, etiam filio mortuo ante ſecutum matrimonium, nepotes, per nuptias ita contractas: Licet enim ex perſona filii, in nepotes legitimatio deſcendat; & ita medium habile, filio remoto, deficere videatur; ſufficit tamen habilitatem extare, matrimonii reſpectu; quod eſt principale, ex quo deſcendit legitimatio filiorum ac nepotum: & fingitur matrimonium fuiſſe ab initio contractum. Fachinæ. *3. cap. 56.* Deni-

Digitized by Google

que de alio adhuc modo legitimandi, videlicet nominatione filii, vel filiæ, à Patre in inſtrumento factâ, vide Rittershuſ. *d. cap. n. 11.* Ac de legitimatione, vide paſſim *conſil.* Guettæ, præſertim *65. &c.* Tennini *cautel. 147.* Kellenbentz. *de renunc. ſucceſſ. quæſt. 35.*

34. De Unione Prolium: ex notatis, *Ioh. Georgii Beſoldi, p. m.*

UNio Prolis, in omnibus fere imitatur adoptionem. Cail. 2. *obſerv. 25.* Betſius, *d. pact. famil. illuſtr. m. fol. 133.* Et etiam frequentiores, quàm adoptiones, in Germaniâ ſunt. Einkindtſchafft vocant: da zweyerley zugebrachte / und erzihlte / oder von einem Ehgemächt zugebracht und erziehlte; oder beederſeits zugebrachte Kinder / in der Erbſchafft gleich geſtellt werden / wann ſchon keine weitere erbohren. Et tamen conſuetudine unio tantùm eſt introducta, eaque non eſt univerſalis in Germania. Betſius. *d. l. fol. 132.* Cùm autem unio ſit ex conſuetudine, tantùm certis locis, recepta, ſtrictiſſimè, ut juri communi quàm minimè deroget, eſt interpretanda, Fichard. *conſ. 89. num. 3. lib. 2.* Rickius, *de Un. prol. cap. 6. in pr. & f. 153.* Adde etiam de Unione prolium. Meiſner. *tom. 1. dec. 8. & tom. 4. deciſ. 6.* Sed tentari poteſt, ubique locorum fieri poſſe Unionem, ad formam adoptionis vel arrogationis. Unio liberis, deren Gütter eingeworffen werden/ non adimit proprietatem. Rick. *cap. 5.* Ita Iudicatum im Hoffgericht zu Tüwingen Anno 91. die 1. Decembr. in caſu appellationis, von Waiblingen/ zwiſchen Jörg Mergenthalern/ & conſorten/ contra N. Waltern. Item An. 94. den 19. Novembr. Hæc quæſtio magni eſt momenti, v. g. Iohannes & Catharina genuerunt Petrum & Agnetem; mortuo Marito, Catharina ducit Paulum, & faciunt pactum Unionis: poſteà Petrus ducit Bertam, quo mortuo, & Catharina Uſufructuaria diem obit; Berta cupit cum Agnete ad ſucceſſionem Patris prædefuncti admitti, quæritur, quid juris? Concernit unio allein Vätter: und Mütterliche Güter. Rickius, *cap. 6. num. 46. fol. 161. & cap. 7. num. 2. fol. 198.* nec durat nach zertrennter Eh/ Rick. *cap. 7. num. 2. & 30.* Nam quemadmodùm, finita Patris adoptantis poteſtate, nullum ex priſtino retinetur veſtigium. *l. in omni. 13. ff. de adoption. l. cùm adoptivis. 10. §. ſin autem. 1. C. eod.* Sic etiam Vnione finita, nullus amplius ſupereſt effectus, ex ſuperiore tempore. Rickius, *cap. 9. num. 77.*

Dann

Dann es iſt ein Einkindſchafft/ kein Einſchwiſterſchafft. Ac item quicquid liberis aliundè, quàm ex ſucceſſione paterna vel materna obvenit, non eſt communicandum fratribus unitis. Rick. *cap. 5. in princ. An verò propter unionem, ſublata cenſeatur Parentibus Teſtamenti factio?* tradit Fichard. *conſil. 74. num. 7. vol. 1. & conſ. 89. vol. 2.* Dn. Bocer. *Diſp. 5. th. 20.* Eſt autem notandum, quod caſus omiſſus pacto, relinquatur ſub diſpoſitione Iuris communis. *l. commodiſſimè. 10. ff. de liber. & poſthum.* Fichard. *conſ. 89. n. 4. lib. 1.* Colerus. *conſ. 33. num. 104. & conſ. 47. n. 54.* ac quæ ſit ratio hujus regulæ, quæ ampliationes, quæ limitationes, tradit Iaſon *in d. l. commodiſſimè.* Et ampliatur hæc regula, etiamſi eſſet eadem, vel major ratio. Hondedæus. *conſ. 8. num. 23.* vide ejuſdem *Indic. in verb. caſus omiſſus. lib. 1.*

Pro ſolennibus Vnionis habentur ſequentia. Et quidem (1.) conſenſus uniendorum liberorum. Rick. *6. num. 21. pag. 140.* Sic & in arrogatione requiritur, ut in judicio, etiam eorum, qui arrogandi, conſenſus & voluntas exploretur, ſi 14. annos ætatis habeant. (2.) Adeſſe debent Tutores vel Curatores. Neque defectus Tutorum vel Curatorum per Iudicem ſuppleri poteſt. Sichard. *ad l. 3. num. 14. Cod. d. in integr. reſtitut. minor.* quia Iudex non poteſt ſuſtinere vicem duarum perſonarum. Pariſ. *conſil. 98. num. 71. Quid* autem, *ſi Tutor nolit interponere ſuam authoritatem?* vid. Iaſon. in *l. bonorum. num. 8. C. qui admitt. ad bonor. poſſeſ.* (3) Neceſſaria eſt præſentia propinquorum: Jhres abgeſtorbnen Vatter: oder Muttershalb/ nächſte/ aufs wenigſt drey Freund/da mans anderſt haben kan. Et intelligitur de Propinquioribus habilibus ad conſentiendum; aliàs proximiores gradu ſunt vocandi: Borgnin. Cavalcan. *d. Tut. & Curat. ſect. 4. num. 10.* quamvis ſtatutum ſimpliciter de propinquis loquens ad proximiores non reſtringatur. Tiraquell. *d. retract. lignag. §. 1. gloſſ. 9. num. 21. & ſeq.* Ac ſi quis dicat, adfuiſſe Propinquos, debet hoc probare. Cavalcan. *dict. loc. Quid verò ſi duo, vel unus ſaltem extet?* vide Gailium. *2. obſerv. 111. v. 5.* qui dicit: quod ſtatutum requirens conſenſum Propinquorum, verificetur etiam in uno, ſi plures non extent. Cautiùs tamen agitur, ſi, in locum deficientium, à Iudice alii ſubſtituantur. Rickius, *cap. 6. num. 8.* Deßwegen köndte auch in den Einkindſchafften / und andern pactis, ubi neceſſaria eſt præſentia Propinquorum, geſetzt werden: daß auf

fleiſſige Nachforſchung keine andere oder nähere Verwandten zu bekommen geweſen: welche auch auf vorgehende cognition von einem Ehrſamen Gericht für taugentlich erachtet/ oder (da einer gar nicht Verwandt/ doch deß abgeſtorbnen Vatters oder Mutter amicus geweſen) zu dieſem pact/ an ſtatt deficientis conſanguinei, conſtituirt werden. Confert, quòd ſtatutum, exigens præſentiam Propinquorum in Contractibus Minorum, intelligatur, ſi extent. Cephal. *conſil. 270. num. 7.* Gradu proximi Agnati, vel Cognati (non Affines. Tiraquell. in *retr. lignag. §. 14. gloſſ. 2. n. 10.*) in Vnionem conſentire debent; quod etiam in ſimili tradit Hondedæus, *conſ. 5. num. 73. lib. 1.* ubi interpretatur ſtatutum quoddam, quo cautum, ut contractum Minoris, vel Mulieris, conſanguinei adprobare debeant. vid Rick. *c. 5. num. 18. Quid verò, ſi Mulier, quæ liberos primi & ſecundi Matrimonii unire cupit, legitimos & illegitimos filios habeat, anné ſpurii Patris illegitimi conſenſus requiratur?* Negat Hondedæus, *dict. conſil.* Ob hancque præſentiam conjunctorum, fraus & dolus præſumitur abeſſe. *l. tranſaction. 35. Cod. d. tranſact.* (4.) Adeſſe debet Magiſtratûs cognitio & Decretum. Sed quæritur: wann in einem Flecken Vniones gemacht/ an der Beampten in der Amptſtatt *conſenſus requiratur?* Non puto; requiritur enim conſenſus der Amptleuth und Gerichts; Sed etiam Schultheiſſen cenſentur eſſe Ambtleuth. *Quid verò, ſi perſonæ, quæ huiusmodi pactum conficere volunt, ſint diverſæ iuriſdictionis, puta:* ſi hoc in loco die liberi verburgert/ alio verò loco die newen Elter hauſen wollen; *vel bona ſub diverſis territoriis ſita comperiantur?* Puto, quod requiratur utriusque judicis decretum. Rickius, *cap. 4. num. 29.* At in Vnione non requiritur nudus conſenſus Magiſtratus; ſed cognitio & decretum. Rickius. *fol. 150.* Illud autem quomodo ſit interponendum? vid. Borgnin. Cavalcan. *tract. d. Tut. & Curat. Sect. 4. num. 7. m. fol. 83.* Cognitio cauſæ, ad Decretum interponendùm neceſſaria, requirit inventarii confectionem. Rick. *cap. 6. num. 40. fol. 145.* Confert *l. magis puto. 5. §. ſi æs alienum. 14. ff. de reb. eor.* ibi: *Prætori enim non liberum arbitrium datum eſt, diſtrahendi res pupillares; ſed ita demùm, ſi æs alienum immineat.* Et §. *inprimis. d. leg.* ait IC. *inprimis requirere debet, qui ſe inſtruat de fortunis pupilli, nec nimiùm Tutoribus vel Curatoribus credere, qui nonnunquàm lucri ſui gratiâ adſeverare Prætori ſolent, neceſſe eſſe diſtrahi*

Digitized by Google

diſtrahi poſſeſſiones, vel obligari. Requirat ergò neceſſarios Pupilli, vel Parentes, vel quem alium, qui notitiam rerum Pupillarium habet: Si nemo inveniatur, aut ſuſpecti ſint, qui inveniuntur, iubere debet edi rationes, item ſynopſin bonorum pupillarium, Advocatumq́, Pupillo dare, qui inſtruere poſſit Prætoris religionem.

Ceſſat Vnio, ſo in ſecundo Matrimonio keine Kinder erbohren. Fürſtl. Würtemb. Landrecht *part. 3 tit.* von Einkindſchafften. *§.5.* Wann nun. *f 359.* Conſil. Marpurgenſ. *8. vol. 1.* Diſſentit Rickius, *cap. 6. num. 68. fol. 170. & cap. 7. num. 40. fol. 215. & fol. 283.* *Quid ſi Nepotes ſuperſint?* Et rationem nullam video, cur non ſint attendendi; idque etiam ſentit Rickius, *cap. 7. num. 49. pag. 218. num. 59.* Et porrò Vnio prolium concidit, ſi ex ultimo Matrimonio nulli ſuperſint liberi: quamvis ambo contrahentes ex prioribus Matrimoniis filios habeant. vide Rick. *cap. 4. num. 28.* Et ratio hujus conſtitutionis eſt, quia hoc in caſu deficit judicialis cognitio, quæ etiam ad liberos ultimi Matrimonii directa fuit. Si tamen Parentes, & alii ad hunc contractum pertinentes expreſsè velint, quod Vnio, etiam in caſu deficientium liberorum ultimi Matrimonii locum habeat, putarem, Vnionem valere. Veruntamen, Wann die Einkindſchafften recht aufgericht / und in anderer Eh Kinder geboren / ob ſie gleich in beeder Elter Leben abſtürben / ſo iſt doch die Einkindſchafft kräfftig / alſo daß die Stieffkinder / die Stieffeltern erben. Ita aliquoties judicatum: Nam ſufficit in his pactis, conditionem ſemel adimpleri. *l. hac conditio. 10. ff. d. condit. & demonſtrat.* Anton. Gabriel. *4. tit. de fideicommiſſ. concl. 7. num. 224.* quia in conditionibus inſpicitur principium primæ exiſtentiæ, & non curatur conditionis ſucceſſus. *Quid verò, ſi expreſſè actum ſit, ut etiam diſſoluto Matrimonio, per mortem alterius coniugis, vel amborum, mutua inter liberos unitos ſit ſucceſſio?* Quod vix admitto: quia pactis (niſi in caſibus permiſſis expreſsè) hæreditas non datur. Et quod tale pactum non valeat, firmiſſimis tradit rationibus Betſius, *d. pact. illuſtr. famil. f. m. 135.* Quod porrò ob læſionem Vnio poſſit reſcindi, docet Fichard. *conſil. 87. num. 1. lib. 2.* præſertim auxilio reſtitutionis. *d. conſil. num. 3.* Sed nunquid neceſſe, ut de hac læſione, tempore factæ unionis, adpareat, an ea etiam conſideretur, quæ oritur ex poſtfacto? conſule Rickium, *cap. 10. num. 5.* Parva læſio non attenditur: Rick. *cap. 6. num. 13.* ob incertitudinis & dubii eventus rationem.

vide

Digitized by Google

vide Muſculum. *d. ſucceſſ. convent. membr. 3. num. 141.* Cæterùm quando actus vel Contractus, in alicujus favorem, requirit certam formam, licet ea neglecta, is ipſo jure nullus exiſtat: ſi tamen in ejus commodum cedat, & conſentiat, cujus favore forma vel ſolennitas illa introducta eſt, omninò valere debet. *per l. non eò minùs. 14. C. d. Procurat.* ubi vide Sichard. Nam quod in favorem alicujus introductum, in ejus odium minimè eſt retorquendum. Et introducta in unum finem, non debent operari contrarium. Pruckman. *conſil. 2. num. 20. & conſ. 42. num. 26.* Hinc ſi duo Conjuges liberos ex priori Matrimonio, & alios, quos ſperant, uniunt; ſed minùs ſolenniter: dictíque liberi in priori Matrimonio jam nati ratificent unionem, alii verò, qui ex ſecundo Matrimonio prodiêre, temporeque hujus Parificationis, nondum in vivis fuêre, eandem nullitatis arguant, tunc minimè audiuntur; quia ſolennia Vnionis in favorem jam natorum liberorum minorennium ſunt introducta. Et ita ſentiunt Dd. in Facultate juridica Academiæ Tubingenſis, in quodam conſilio, de caſu, qui ante novum Ius Municipale contigit, concepto; ubi quoque atteſtantur, quod ita in Conſiſtorio Ducali aliquoties judicatum fuerit. Diſſentit Plebſt. *diſput. 4. ad Ius Municip. theſ. 117.* Sicque Minores tempore Vnionis qui fuerunt, Majores effecti, Vnionem non ritè celebratam, ratihabere poſſunt, per *l. 1. C. qui legit. perſon. in ind. ſtand. l. non eò minùs. 14. C. d. Procur.* Aliàs, quod in favorem ipſorum introductum, retorqueretur in eorum odium. Mynſing. *obſerv. 36. cent. 2.* Et poteſt clauſulæ Decreti annullativæ, introductæ ad favorem privatum partium, renunciari. Menochius, *d. arbitr. Iudic. quæſt. caſ. 1. num. 7.*

Tit. VIII.

35. *Ad l. ult. ff. de rer. diviſ.* ubi *de Mœnium tranſgreſſore.*

MOenia ſive muros, etiam in Municipiis, inter ſanctas res reſcribit Iuſtinianus. *§. ſancta. 10. Inſtitut. h.* & Marcianus *in l. Sanctum eſt. 8. ff. eod.* adeò ut ſi quis violaverit muros, capite puniatur; puta ſi quis tranſcenderit eoſdem ſcalis admotis. *h. l. ult.*

ad ff. hic. Neque audiendi eſſe videntur, quid id, quod in *d. l. ult.* decernitur, ad Romanæ ſolùm Urbis mœnia pertinere contendunt. Quod tamen faciunt communiter Interpretes noſtri, *ut ad hanc l. noſtr. ex Rolando & Claro, refert Dionyſ. Gothofredus.*

Alii extendunt hoc, ad muros cujuslibet civitatis, ſuperiorem non recognoſcentis; alii ad muros fortalitiorum, & quidem ſolùm tempore belli, reſtringunt. Ludoph. Rodolphin. *in pract. concl. concluſ. 7.* Del-Rio *in Miſcellan. ad h. l. n.* Communi adſtipulatur Vngepaur, *exercitation. 5. theſ. 3.* Et etiam ipſum Romuli factum, cujus hæc l. n. facit mentionem, improbat Cicero *lib. 3. offic.* & inde eſt verſiculus;

Umbra cruenta Remi viſa eſt aſſiſtere lecto.

Veteres namque Ethnici putabat, injuſtè interfectorum Manes, ſivè umbras, circumvagari, & occiſſores ſuos inprimis exagitare. *Salmuth. in not. ad Panciroll. part. 1. t. d. ſeptem mundi miracul. fol. 209.* Hincque Lemures, quaſi Remures quibusdam dicuntur. Communem in judicando ſequi oportet: ſed tamen pro contraria, quæ ſubtilitati Iuris convenientior, propugnant Lyclama. *3. Eclog. 6.* Dn. D. Harpprecht, & Gilkenius, *ad §. ſancta Inſtitut. d. rer. diviſ.* Timæ. Faber. *diſputat. 12. theſ. 6.* Andr. Gerhardi. *diſputat. ad Inſtitut. 2. th. 3.* Arithmæ. *peric. 1. diſputat. 3. theſ. 3.* Rationes ſunt in promptu: & peti poſſunt ex eo, quod modò dictum fuit, æquè muros Municipales ſanctos eſſe: eosdem muros non reficere licet, ſine Principis vel Præſidis authoritate. *l. ſacra. 9. §. muros. 4. h. t.* Æquè violatur ſecuritas populi Romani, & item ipſi Romani cives læduntur, ſi quis in Municipiis, hoſtile aliquid moliatur. Vndè & ſi quis vallum tranſcendat, aut per murum Caſtra ingrediatur, capite punitur. *l. deſertorem. 3. §. in bello. 15. de re milit.* Certa etiam Iuris enunciatio exiſtit, Leges omnes generales eſſe. *l. leges. 3. C. d. legib.* Nunc autem in hac lege noſtra ultima, generaliter reſpondetur, ſi quis violaverit muros *&c.* nec additur Romanæ. Ratio itidem ſubjuncta, eſt generalis: quia nimirum Cives Romanos, alio quàm per portas egredi non licet. Et verò, etiam qui in municipiis vivunt, Cives ſunt Romani. *l. in orbe Rom. 17. de ſtat. homin.* Nec ſubſequens, Romanam Civitatem concernens exemplum, legem reſtringere debet, per *Iura vulgat.* Non ſanè ſunt in diſputatione ſejungenda, quæ eadem ratio nectit: *l. illud, 32. ad Leg. Aquil. l. à Titio. 108. d. V. obligat.* id-

V que

que etiam in pœnali conſtitutione locum habet. *l. ſi quis id. 7. ff. d. iuriſdict.* Par autem, ſivè major quoque ratio eſt, ut ab omni hoſtilitate, hoſtilitatisque ſpecie, municipia ſint tuta, quàm ipſa Civitas Romana. Facilior namque poteſt eſſe periculi occaſio, ſi in extremitate Imperii, quàm in meditullio, hoſtile quidpiam tentetur: cùm in medio Imperii, citiùs id opprimi queat. At ais, in capitalibus ſemper interpretationem in mitiorem fieri debere partem. Reſpondetur; in dubio id habere locum, non ubi ratio eſt aperta, vel diſpoſitio clara. Ego omnibus perpenſis momentis rationum, ita puto: Si quis hoſtili animo, vel proditionis ergò, tranſgrediatur Municipii muros, ordinaria eum, & capitis pœna afficiendum: Si verò id fiat ex contemptu, vel levitate, reſponderem, talem non capite puniendum, niſi fiat in aliqua Civitate Metropolitana, aut abſolutè dominante. Major enim hic, & atrocior injuria eſt, quam in Municipio vili. Et tamen in Romana quoque, vel ſimili civitate requiritur dolus ac contemptus. Qua de cauſa, Senatum Burdegalenſem, ordine ac ratione feciſſe judico; quòd cum quidam pœnam capitis reformidans, per civitatis mœnia erupiſſet, non putaverit illud factum pœna capitis vindicandum. Boër. *deciſ. 232. num. 1. & 3.* Quod obſervandum pro iis, qui in dem Burgfrieden delinquunt. Durum enim eſt, illas ſanctiones accipi non adhibita æquitatis norma. Nec debet id, quod ratione loci, pro delicto habetur, non eaſdem pati mitigationis rationes, in eo facto quæ locum habent, quod ratione perſonæ crimen eſſe cenſetur. Perſona enim, utpote Templum Spiritus Sancti, ſemper dignior eſt loco. Deus præcepit ut homicida occidatur, quo ſcil. nemo auſit deſtruere elegans hoc opificium, gratumque habitaculum Dei. Præceptum hoc, multas patitur limitationes, nimirùm defenſionis, &c. Et rectè. Cur quæſo eaſdem temperandarum pœnarum cauſas, negligere deberemus in eo, qui violat locum, humanam ob ſanctionem inviolatum. Non nego, locum ita poſſe ſanctificari, ut ſi ibi violentia aliqua committatur, capite ea puniatur. *l. ſacra. 9. §. propriè. 3. h. t.* Sed tamen neceſſe eſt, ut tales ſaltem circumſtantiæ concurrant, quas delicto Remi, muros tranſcendentis, aſſignant *hic.* Bart & Alberic. quòd nimirum in contemptum id fecerit, quòd nullam cauſam habuerit, quàm ſpontaneam voluntatem. Dum ſc. verbum *voluerit*, ut & Pacius *ἐναν-*

τίως

Luc. Quæſt. 38. interpretantur, non de conatu, neque pro affe-ctu, ipſa mœnia tranſcendentis; ſed pro mera temeritate facientis.

Tit. IX.

36. *Ad rubr. tit. 9. ff. de Senatoribus.*

De Senatu Romano diſputatio eſt hiſtorica, à Sario Samoſcio, ſeu potius Carolo Signonio ſingulari tractatu enodata, ut & à Budæo, ac Coraſio hîc. De Senatu in genere, Politica tractatio eſt, quam & ego attigi *cap. ult. axiom. Polit. de Conſil. Polit.* Illud tantum hic attingam. Etſi populus Romanus omnem ſuam in Principem tranſtulerit poteſtatem; *l. 2. §. noviſſimè. 11. d. O. Jur. l. 1. d. conſtit. Princ. l. Princeps. 31. ff. de legib.* non propterea ceſſaſſe Senatus auctoritas: ſed is jus ſuum etiam ſub Impp. retinuiſſe videtur, quod aſſero *1. Polit. cap 5. num. 15. §. 2.*

Senatui jus fuit; populi reprimere (ſed monendo tantùm) licentiam effrenem. Id & ſub Impp. potuit Senatus, ac tum eo jure ſæpiùs uſus fuit, ego *2. Polit. cap. ult. num. 55.* Senatus ergò ferè erat Romæ, quod & nunc in Anglia ac Gallia, Parlamenta. Idque indicat apertè *l. humanum. 8. C. d. legib.* ubi Impp. Theodoſ. & Valentinianus, reſcribunt; leges in ſenatu adprobatas, demùm robur habere debere. Sic & Alle Verfaſſungen der alten Königreich und Fürſtenthumb / ſind auf ein Landſchafft geſtellt. Et hodie omnia mala ex eo, quod negliguntur conſilia Statuum. Et ſenatum ſemper venerati ſunt Principes boni. Ac ſcribit Spartianus, Imperatorem Hadrianum, Senatus faſtigium in tantum extuliſſe, ut cùm Tatianum ex præfecto Prætorii, ornamentis conſularibus præditum, faceret Senatorem, nil ſe amplius aut majus habere, quod in eum conferret, teſtatus ſit. Ex quibus facilè adparet, quid reſpondendum ſit inquirenti: *Nùm hodie ſint, & dari poſſint, qui antiquis Romanis Senatoribus æquiparentur?* Veram imaginem Senatus Romani, Venetum exprimere Senatum, probare nititur Guarinus Piſo Soacius, *in tr. de Romanor. & Venetor. Magiſtratuum inter ſe comparatione.* Verùm, quemadmodum ille auctor, eruditiſſimus aliàs, ex ignoratione Politicæ doctrinæ, labitur ſæpiſſimè; ita & idem fit hoc in loco. Veneti Senatores, non Conſiliarii ſunt, qui vel Principi, vel Populo con-

Digitized by Google

filiis adſint: quemadmodum Senatus erat Romanus, æquè, ut dixi modò, in Monarchia, ac in libero adhuc Reipublicæ ſtatu. Non etiam Venetus Senatus eſt talis, qualis in Galliis, aliiſque locis Parlamenta, vel Senatus Regni. Venetiis, Senatores optimates ſunt Ariſtocratiæ: & ideò Senatus inibi imperat, & pleniſſimam habet Majeſtatem; nil ibi plebi, nil Principi ſeu Duci, ex Majeſtate quicquam eſt relictum. Putarem itaque Senatui, qualis ſub Imperatoribus fuit, conſimilia in multis eſſe, Gallicana & Anglicana Parlamenta. Qualis ſub Populi Imperio fuit, aſſimilari ei poſſunt Senatus liberarum Civitatum, ubi viget Democratia, ut Argentinæ, Rotwilæ, &c. De Senatu Iudiciario, multa habet Theſaurus *in proëm. deciſ.* Ac de ratione Votandi, vide eund. *deciſ. 1. & 2.*

37. *Ad leg. 1. d. t. De præcedentia Viri & fœminæ.*

VIrum præfectorium, conſulari fœminæ præferri, *in h. l. n.* reſpondet Ulpianus: eò quod major ſit dignitas, in ſexu virili. Conſularis vir dicitur, qui conſul aliquandò fuit; Conſularis fœmina, viri conſularis uxor. Vir autem præfectorius eſt, qui prætorii præfectura; prætorius, qui præturâ fuit functus. *l. fin. verſ. vacantes. C. ut dign. ord. ſerv. lib. 12.* Temporis proceſſu, Republicâ collabente, & ut ordinariè fieri ſolet, una ambitione, titulisque creſcentibus; benè de republica meritis, aliterve gratia Principis prævalentibus, honorarii tituli concedi cœperunt: conſularis nempè, vel etiam prætoriæ dignitatis, abſque officii illius adminiſtratione. *l. Imperialis 23. §. ſimiles. 4. C. d. nupt.* Sed quòd jam attinet legis noſtræ ſenſum: Conſtat, prætorio præfecturam, dignitatem fuiſſe ſummam, præcipuumque Magiſtratum: ut & ego *in tr. d. appellat. cap. 2. num. 19.* ex aliis deduxi. Ita ut mirum videatur nonnullis; in hac l. noſtra Ulpianum diſputare, an prætorio præfectus, Conſulari fœminæ debeat præferri; cùm etiam conſulem ipſum antecedere poſſit. Eâque ratione motus Ant. Faber, *in rational. hic.* pro præfectorio, prætorio legit. At meo judicio, non eſt, ut hîc aliquid mutetur. Verè etenim priſcus conſulatus honor, patriciatus & præfecturæ dignitati antiſtat. *l. nemini. 3. C. de conſulib.* Vndè præfecturam aut patricia-

triciatum, non geſſerant Principes, ante Carolum Mag. qui patricius Romanus à Pontifice indigitatus fuit: ſed antequàm Imperium acquiſivit. Et licet etiam apud Caſſiodorum antiqui Franciæ Reges, Patriciatus non ſpreverint honorem, ipſeque vidi Privilegium, quod Monaſterio Ottenbeuren, dedit Carolus Magnus, ubi ſe Patricium inſcribit. Conſulatus tamen ſublimitatem, tàm incipientes, quàm deſinentes Principes concupiverunt. quod P. Faber. *1. ſemeſtr. 2. fol. m. 16. & ſeq.* docet: quamvis & ea ordinis prærogativa, mutetur *in Novell. 62. §. 2.* Adeò autem præſtat virilis ſexus fœminino, ut licet majore fulgeant mulieres dignitate; eis tamen viri anteponantur. Non tamen ex generalitate rationis, ab Ulpiano aſſignatæ, dicendum erit; Virum etiam in dignitate non conſtitutum, conſulari fœminæ præferri debere. Sed neceſſe eſt, ut vir, qui fœminæ præfertur, in proxima, non remota aliqua ſit dignitate conſtitutus. Sic *in h. l. n.* Præfectus prætorius, fœminæ conſulari præfertur; quod forſan de aliquo alio, pluribus gradibus inferiore, dici non poſſet. Quamvis enim aliàs, radiis mariti, fœminas coruſcare dicatur: Id tamen intelligendum eſt, ratione cœterarum fœminarum, non ratione virorum aliorum, quos maritus ſuperat dignitate. Noſtro ſeculo verò aliter obſervatur, & fœminis major honor habetur; ita ut v. g. Baro, lubens patiatur fœminam ſibi nobilem præferri: & id à caſcis Germanicis nationibus procedit, quæ ſemper honore magno ſexum fœmineum proſequebantur, fortiſſimi quique earum nutui lubens parebant; imò Equites, die Ritter/ honori caſtarum fœminarum, quaſi homagio devoti erant.

38. Ad l. 2. & 3.

INfames ad Teſtimonii dictionem, idoneos haud puto: quod jam inde L. Iuliâ judiciariâ cautum fuit. *l. Teſtium. 3. §. lege Julia. 5. ff. de teſtib.* In qua graviores, & inſigniores ſpecies infamium enumerantur: additâ generali ratione; quòd propter notam & infamiam vitæ, admittendi non ſint ad Teſtimonii fidem. Unde approbandum non eſt, quod exiſtimant quidam, illos infames, qui *in L. Julia* enumerantur, à teſtimonio repelli; non alios item: arg. *cap. nonne. 5. de præſumpt.* & cùm quilibet teſtimonium ferre poſſit, niſi ſpecialiter prohibitus reperiatur. *l. 1. §. 1. de Teſtibus. cap. 1. extr. eod.* ita ut quidam in contrarium, regu-

Digitized by Google

lam ſoleant extruere; Teſtes nempe infames regulariter probare. Menoch. *arbitr. caſ. 27.* Sed verior noſtra ſententia eſt, infames ſcil. omnes regulariter à teſtimonio repelli. Propter generalem *d. l. 3.* rationem: notam ſcil. & infamiam vitæ, quàm rationem in omnibus infamibus militare conſtat, & conſequenter idem etiam jus expoſcit. *l. illud. 32. ad leg. Aquil.* Ac licet *in L. Julia*, conſimilibuſque aliis, non omnium infamium genera ſint enumerata; attamen quod *lib.* eſt omiſſum, non omittendum eſt judicantium religione. *l. quæſitum. 13. de teſtib.* quia bonæ famæ oportet eſſe teſtes, & carere omni derogatione. *Novell. 90. cap. 1.* & ſine omni macula debent eſſe Teſtes. *cap. teſtes. 2. quæſt. 7.* Freher. *3. de infam. cap. 27.* Si verò eſſent infames facto, admitterentur, in cauſa bonorum, quamvis & illa infamia, teſtimonio ex parte minuat fidem. *l. Teſtium. 3. in princ. de teſtib.* Additionator ad Capell. Tholoſan. *deciſ. 174.*

Rectè autem *in hac L. noſtr.* non omnis, qui officio movetur, à judicando & teſtimonium perhibendo arcetur: ſed ſolùm, qui propter turpitudinem ſeu delictum. Quandoquidem pleroſque Senatu motos olim fuiſſe ſcimus, ob cauſas non valde graves, nec infamiæ notam inurentes. Valer. Maxim. *lib. 2. cap. 4.* Sueton. *in Tyber. & Domitiano.* In praxi hoc notandum venit, quando aliquis deponitur ab officio, vel dignitate, v. gr. ſi Senator in Civitate Imperiali Senatu moveatur, quod tum ei competat actio injuriarum. Blot. *in l. obſervare. §. antequam. ff de offic. proconſul.* Quin & poſſeſſoria remedia ſuppetunt, ſcil. interdictum uti poſſidetis, item unde vi; ſi eſſet in quaſi poſſeſſione honoris, pulchrè Rebuff. *in repet. l. 1. C. de ſentent. quæ pro eo, quod intereſt. gloſſ. 1. num. 171.* Et Camerali præjudicio firmat Compilator, *deciſ. ſeu præjudicior. Cameral. verb. injuria. fol. m. 155.* Et taliter ab officio remotum, reali, non verbali tantùm injuriâ affectum putarem: quia habet actum permanentem; & ideò actio inde deſcendens, perpetua erit: quia facta eſt per vim & metum compulſivum. Mynſing. *5. obſerv. 7.* Wurmbſ. *tit. 4. de injur. obſerv. 1.* Hart. Hartman. *pr. obſerv. lib. 2. obſ. 2. tit. de injuriis.* *At Princeps, vel quilibet alius, famulum vel officialem an removere queat?* hoc ex natura locationis eſt dijudicandum.

39. Ad

Digitized by Google

39. *Ad l. 5. 6. & 7.*

SI quis filium procreaverit, priuſquàm Senator aut Decurio fuerit factus; quæritur, *an ille ſit inter filios Decurionum aut Senatorum numerandus?* Cui quæſtioni ſimilis eſt illa; *An primogenitus à nondum Rege procreatus, etiam nato, poſt adeptum Regnum præferatur?* Quâ de re, politicis & hiſtoricis rationibus egi *in tract. meo Numico polit. de ſucceſſ. & elect. lib. 1. diſſert. 7. à princ.* Nunc juridicè, hâc de re paucis diſputabo. Ulpian. *in h. l. n. 5.* dicit, nihil intereſſe, jam in Senatoria dignitate conſtitutus, ſuſceperit filium, Senator, an ante dignitatem. Qui idem JC. *in l. 2. §. 2. ff. de decurion.* ait: *Quantùm pertinet, ne fuſtibus caſtigetur, & ne in metallum detur, non nocet, plebeio patre eſſe natum, ſi poſtea honor decurionis patri eorum acceſſerit.* Et conſentit *l. moris. 9. §. ſed utrum. 14. de pœnis.* Econtra *in l. Senator. 11. C. de dignitat. lib. 12.* habetur: Senatorem privatos filios habere, editos antequam ſuſciperet dignitatem. Sic *& in l. fin. §. viri. C. de decurion.* reſcriptum invenitur: progenitos, antequam ad fiſci patronatum pervenerit pater, in conditione priſtina remanere. Iul. Pacius, *enantioph. cent. 1. quaſt. 39.* dicit, hæc duo non pugnare; eundem eſſe plebeium, & eſſe filium Senatoris: aliud enim haberi, eſſe filium Senatoris, aliud filium ex Senatore natum. Sed non video ego, quomodo hæc ſolutio ſufficiens eſſe poſſit. Movetur quæſtio noſtra ratione privilegiorum, quæ competunt filiis Senatorum; & fruſtra quæri videtur, an aliquis filius ſit Senatoris, ſi non id fiat ratione illarum immunitatum, quæ præ Plebeis, Senatoribus, eorumque liberis competere ſolent. Plerique ex humanitate quadam receptum eſſe dicunt, quantum pertinet ad ſordidorum munerum excuſationem, vitandas pœnas, cæteraque odioſa refugienda. Verùm dignitatem ad filios, ante partum honorem ſuſceptos, haud tranſire. At Ulpianus *in h. l. noſtr. 5.* dicit: *Nec intereſt*, id eſt, non differt natus ante adeptam dignitatem, &c. Ergò diſtinctio hæc ſubſiſtere non poteſt; cùm Vlpianus de ipſa dignitate loquens, differentiam non admittat. Et generaliter liberos quandocunque genitos, paternâ prærogativâ cohoneſtandos, Theodoſius conſtituit Imper. *in l. advocatos. 2. C. de advoc. diverſ. judicior.* Abſurdum etiam videtur, adoptivo filio dari dignitatem, *h. l. noſtr. 5. & 6.* non naturali & legitimo ſimul.

mul. Abſurdum, filium, quem pater in ſuam familiam pro lubitu aſciſcit, habere dignitatem; non eum quem natura ipſi dedit. Aſſimile ferè eſt illud, quod quidam dicunt: filios ante patris dignitatem ſuſceptos, frui quidem eadem dignitate, maximè quoad pœnas evitandas, non quoad onera publica ſuſtinenda. poſt Bocer. Dn. Harpprecht. *in princ. tract. de ſucceſſ. n. 109.* Nam & hæc reſponſio, non videtur in jure fundata eſſe. Nullibi enim ſancitur, oneribus publicis omnibus, illos filios ſubjacere; nec quod in una atque alia lege, de certo aliquo onere habetur, ad onera trahi debet. Coraſius *h.* apertam concedit Antinomiam: & ait, ſi res ex meris Legibus, moribuſque Romanorum definiatur, natis quibuſcunque, licet ante quæſitam à patre dignitatem, privilegia competere, & dignitatem. Non moribus Græcorum, ad quem Imperatores & Principes Græcanici ſanguinis, reſpexiſſe putat. At verò Iuſtinianus, omnia ſua fecit, & ideò non inter Græcos ac Romanos differentia eſt facienda. Ego cum Cujacio, *in comm. ad d. l. 11. C. de dignit.* dicendum eſſe puto, *d. l. 11.* de ſpeciali prorſus loqui caſu; ut ex Cod. Theodoſiano *lib. 9. tit. 27. l. 1.* ubi hæc Lex integrè poſita invenitur, facillimè colligere licet: ac incautè egerunt Iuris compilatores, qui reſcriptum illud ita mutilatè huic titulo generali inſeruerunt. Loquitur nempè lex illa de munere glebali, & inibi ſancitur; filios Senatorum, genitos ante illam dignitatem, nihilominus glebale illud munus agnoſcere debere. vid. Duarenus *2. diſput. cap. 29.* Ita namque fieri ſolet, ut nova onera, contra veterem rationem & æquitatem, ex anxiè undique conquiſitis cauſis, ad omnes porrigantut, & veteres immunitates reſtringantur. Et pariter *l. ult. C. de decurion.* planè ſingularem continet caſum, ut itidem Iacob. Cujac. oſtendit: cumque immunitas detur ex privilegio ſpeciali, & nudo Principis arbitrio: ideoque reſtringi poteſt, & ampliari, pro lubitu ejuſdem, & meritis cauſæ. Odioſum quippe eſt reſpectu fiſci, ſi plures nexu curiali eximantur, nec facilè curiæ præjudicari debet, cui jam filii ante geniti oblati erant, per poſterius beneficium: cùm Principum beneficia ſint intelligenda, ſine tertii præjudicio. Sicque de decurionibus ſpeciatim & peculiaris cauſæ intuitu, latæ Leges, nequeunt ad naturam diverſam trahi. Tholoſan. *7. d. Rep. c. 9. n. 10.* Ergò regulariter filii Senatorum quicunque, ſecundum *h. l. n.* privilegia parilia habuerunt; licet poſteà

jus

Digitized by Google

jus illud, certas propter cauſas, in caſibus quibuſdam, reſtrinxerint Imperatores.

40. An filii patris non nobilis, eo nobilitato, nobiles fiant?

HActenus de officii nobilitate. Sed dubitatur, an filii ante acceptam à patre generis nobilitatem nati, Nobiles fiant? quam quæſtionem attigi ego, *l. 2. polit. cap. 11. n. 50. & in tract. de ſucceſſ. & elect. 1. diſſert. 7. num. 4.* Sanè cùm hic non de officii, ſed de generis nobilitate quæratur, non ſunt filii tales nobiles: non enim ſunt nobiles nati, nec item nobilitati, niſi in diplomate, ſingularis clauſula hoc innuens inveniatur. Officii nobilitas confertur etiam adoptivis & totam domum reſpicit: quod ſecus eſt de generis nobilitate. Argumentum pro hac ſententia ſumi poteſt ex *l. 6. Cod. de ſuis & legitimis.* ubi reſcriptum invenitur: *Ex libera & ſervo natum, ſpurium eſſe: nec iuvare eum, quod pater poſtea manumiſſus, natalibus reſtitutus, & decurionatûs etiam adeptus fuerit honorem.* Ac licet principum privilegia latiſſimam accipiant interpretationem: attamen non quid operantur, præter Principum intentionem. Princeps autem aliquem nobilitans, cogitare quidem videtur de liberis naſcituris, non verò jam natis. Sed facilè hæc difficultas evitari poteſt, ſi pater acquirens nobilitatem liberorum ſaltem indefinitè fieri curet mentionem.

41. Ad l. 8. de Senatoribus.

FOeminæ eadem dignitate cum maritis cenſentur: *l. mulieres. 13. C. de dignit. lib. 12.* intereſt quippe maritorum, ut eorum dignitates uxoribus etiam communicentur, & in eo conſiſtit pars aliqua nec parva dignitatis mariti; propter individuam illam vitæ ſocietatem, quæ inter conjuges eſt. *l. 1. de ritu nupt.* Indeque pro nobili habetur is etiam, cujus mater ignobilis fuit: ego *polit. 1. cap. 11. num. 53.* licet non omnibus nobilium beneficiis plenariè gaudeat: prout in multis cathedralibus Eccleſiis, ita etiam in Collegiis Equitum ſacrorum Iohannitarum & Marianorum moris eſt; ad quæ nemo admittitur, niſi majorum nobilitatem, de aliquot aſcendentibus, von den vier oder auch mehr Ahnen/ edocere queat. Et hujus rei rationem, cur ita illud conſtitu-

ſtitutum ſit, refert Pflugius *in orat. de ordinand. Republ. Germ. fol. m. 20.* Et etiam ea eſſe poteſt, quod conceptio fit ex ſemine materno, & patris ſemen tantùm illud coagulare ſolet. Et ſcriptum reliquit Coraſius, *in tract. paraphraſtico, de materia Sacerdotum:* Nobilibus ex utroque parente, non tantùm in profanis, ſed & in ſpiritualibus, ubi generis claritatem virtutum dignitas comitatur, pleraque peculiariter legem indulgere. Eamque dignitatem, quam acceperunt beneficio maritorum, etiam viduæ retinent. *l. filii. 22. §. vidua. 1. ad municipal.* Et, quod mireris, etiam uxor ſeparata, abſque ſuo tamen delicto. *h. l. noſtr.* Indeque poſſunt viduæ artificum, artificium mariti defuncti, per idoneos famulos exercere; etiam in artificiis iis, in quibus nullus, niſi probatus & juratus admitti ſolet: quod uſu obſervatur. Petr. Coſtal. *ad l. fœmina. circa fin. ff. h.* & textus juris probant, nempe *in l. quoties. 3. C. de privileg. ſcholar.* ubi immunitates, privilegia, & prærogativæ, quæ perſonis privilegiariis indultæ & conceſſæ ſunt, earundē viduabus quoque, ſimpliciter & nominatim attribuuntur: ac *in l. Medicos. 6. C. de profeſſorib. lib. 10.* non ſolùm Doctoribus, ſed & eorum uxoribus immunitates nominatim conceduntur. Ac ideò mentio fit uxorum, ut ſciamus privilegia ea in perſonis uxorum eſſe radicata: ideòque non emori cum maritis. Ita *& l. 2. C. de Epiſc. & Clericis.* clariſſimè probat, privilegiatorum uxores, ac liberos ſemper immunes eſſe, in eaque immunitate perſeverare. Et ita omnium penè interpretum unanimi conſenſu, & ſuffragio probatum eſt; ut filii & viduæ, defunctorum patrum & maritorum juribus, privilegiis & immunitatibus, quas viventibus illis habent, deinceps quoque perfruantur, & eodem prorſus jure, quo erant, cùm adhuc uxores erant, Cothman. *conſ. Academ. 15. per diſcurſ. & num. 27. maximè.* Ac huc confert ratio elegans: ſoluto enim matrimonio, non ſolvitur ſocietas conjugalis, quatenus ſuperſtes permanet in viduitate. Corpus quidem extinguitur, ſed manet animarum conſenſus, & vidua portio eſſe cenſetur mariti ſepulti, quæ memoriam ejus, vel ſolo animo retinet, eumque in ſepulchro veneratur, ac ſine ſecundo marito potius tranſigere vitam, quàm vinculum & fœdus cum defuncto marito olim initum diſrumpere cupit. P. Gregor. *in ſyntagm. l. 9. cap. 4. num. 12.* *At cur mater non fiat conſularis?* vid. Speckhan. *centur. 2. claſſ. 1. quæſt. 8.* Viciſſim filia nobilis, vel

Sena-

Senatoris, ignobili nubens, dignitatem amittit, etſi maneat in poteſtate ſui patris, ejuſque familiam retineat. *l. 1. §. ult. de liber. exhibend.* Nuptiæ filiæfamilias, patriam poteſtatem, jure Romano, diſſolvere non poſſunt, ſed dignitatem auferre queunt. Quippe nam foret abſurdum, majorem eſſe dignitatem uxoris, quàm mariti, propter dignitatem ſexus virilis, & Imperium, quod in uxorem maritus habet. Anton. Fab. *h.* Unde nupta priùs Conſulari viro, non niſi Principis conceſſione, in conſulari manet dignitate, ſi iterum minoris dignitatis viro nubat. *l. ult. in princ. h. & Novell. 22. cap. 36.* Quamvis in Gallia filiæ Regum, etiamſi comitibus (ut ſæpè fieri ſolebat) nuptæ, Reginæ vocitarentur. Girard Seigneur de Haillan. *lib. 8. hiſt. Gall. fol. m. 611.* Et quia filia nubendo, dignitatem amittere poteſt: indè adparet æquiſſima æquitas juris illius, quod prohibet filiæ ſumere maritum, non conſentiente patre: ne forſan accipiat viliorem. Nec enim injuria ſumma caret; facere, ut filia in familia & poteſtate patris adhuc manens, dignitate paternâ privata, patri ante oculos obverſetur. Porrò fœmina nobilis, ignobili viro nubens, cùm amittat nobilitatem; non eam reaſſumit mortuo marito: ut enim dignitas mariti, viduæ prodeſt, ita eidem obeſt indignitas ejuſdem. Guido Papæ. *deciſ. Gratianopol. 379. & 380.*

42. Tit. 10. de offic. Conſulis.

OMnes, quotquot Romanorum geſtorum, quotquot Romanarum antiquitatum conſignatores extiterunt; in hoc, quòd in exactorum Romanorum Regum locum Conſules ſubmiſſi ſint, unanimiter ſibi conſonant; quod & habetur *in l. 2. §. Exactis. 16. de O. I.* Quod verò non alium, Tarquiniis è medio ſublatis, ſubſtituerint Regem, cauſæ non defuerunt ſat juſtæ. Terruit populum illa pluſquam Cyclopica Tyrannis, diu à prædeceſſoribus etiam agitata. Unde regium Quiritibus nomen adeò inviſum redditum fuit, ut illud ne auditu quidem valuerint ſuſtinere. Aliam itaque Reipublicæ faciem voluerunt experiri, taliſque communi populi adplauſu inductus eſt ſtatus; cui bini conſules, qui Reipublicæ conſulerent (unde & ipſis nomen) annuatim eſſent præſtituti. Ac apud hos ſummum jus uti eſſet, lege primùm rogatum: in hocque duntaxat poteſtas conſularis imminuta fuit, quod ex perpetua & ſingulari, abuſu injuſta, annua fuit facta,

facta duplex, facta reformata, ac juſta. Speckhan. *cent. 2. claſſ. 1. quæſt. 3.* Hæc tamen ipſorum poteſtas adeò progreſſu temporis, extenuata & enervata, præſertim ab Imperatoribus fuit; ut præter nomen, vix reliquum ipſis remanſerit quicquam. At jam ſimilitudo Conſulum, hodie nominetenus Romæ vix adparet. Referunt tamen quidam, Lucium III. Pontificem Maximum, ab urbe dejectum; eò quòd Conſulum nomen abolere annitebatur. Sub Imperatoribus, & declinante Imperio, ultra conſules annuos, conſules Codicillares, nomine tantùm fuerunt; ut legimus, Clodovæum Francorum Regem, victo Rege Gothorum Alarico, ab Anaſtaſio Imp. accepiſſe Conſularis dignitatis codicillos, & Turoni in Baſilica B. Martini, trabeâ indutum ac clamide, impoſitumque diadema ejus vertici, Conſulem & Auguſtum fuiſſe nominatum. Gregor. Turonenſ. *in hiſtor. cap. 38.* Nominantur etiam in jure Pontificio conſules Iuſtitiæ, annui quidam Magiſtratus, oppidorum ſeu Municipiorum curatores. *cap. licet. 10. de foro comp.* Quibus Imperium vel poteſtas permittitur, juxta leges Municipales, à Principe comprobatas. *l. Magiſtratus. 25. ad Municipal. l. Magiſtratibus. 12. de Jurisdict.*

Imperium merum ab initio Conſules habuerunt: idque exhibent ſecures, quas ſemper Conſulibus fuiſſe prælatas conſtat. Quærunt autem *ad hanc noſtr. l.* Dd.: *An Conſul apud collegam manumittere queat ſervum?* Reſpondet JC. *in l. rogatus. 20. §. ult. de manumiſſ. vind.* Conſulem quidem apud ſe manumittere poſſe, ſed non apud collegam. Sicut & prætor apud prætorem manumittere nequit. *l. apud filiumfamil. 18. d. tit.* Et ſtabilitur Iuris hocce enunciatum manifeſta juris ratione, quia pari in parem Imperium non eſt; ut & generaliter reſpondetur *in l. apud eum. 14. de manumiſſion.* omninò neminem manumittere poſſe, apud eum, cui par Imperium eſt. Huic vulgò obſtare putatur, quod *in h. l. unic. §. 2.* habetur: ubi ita loquitur Vlpianus: *Si evenerit, ut minor 20. annis Conſul ſit, apud ſe manumittere non poterit: cùm ipſe ſit, qui ex Senatusconſulto examinat cauſam, apud collegam verò cauſa probata, poteſt.* Sed dicere licet, verba illa, *apud collegam cauſa probatâ*, commate aut ſemicolo, à verbo poteſt, ſejungi; verbumque poteſt, intelligi debere de domino manumiſſore; ut ſenſus ſit: Conſulem minorem, tum demum apud ſe manumittere poſſe, ſi prius cauſa juſta (ſecundum L. Æl. Sen-

tiam)

Digitized by Google

tiam) fuerit probata. Abſonum enim eſt, dicere: minorem ipſum poſſe cognoſcere de cauſa. Ergo, ſi de cauſa cognoverit collega, tùm demùm actus ille legitimus manumiſſionis, ab illo Conſule 20. annis minore, qui manumittit, peragi ſolet. Sicque Conſul non manumittit apud Collegam; ſed collega tantùm cognoſcit de cauſa. Ac quamvis alias actus manumiſſionis dividi non poſſit: *h. l. n. verſ. ſed non poteſt. §. eadem. 4. Inſtit. qui manumitt.* Anton. Faber. *in rationali b. h.* Tamen id hoc noſtro in caſu eſt ſingulare. vid. hac de antinomia Arumæ. *diſput. ad Leges præcip. 1. th. 18.* Pacium *1. quæſt. 41.* Hilliger. *2. cap. 15. lit. C.* Imò probatio illa cauſſæ non propriè ſpectat ad manumiſſionem, quæ actus legis eſt. Hinc per procuratorem manumiſſio non fit, *l. nec mulierem. 3. C. d. manumiſſ. vindict.* quod nemo, alio nomine, lege agere poſſit: cauſa tamen rectè probatur per procuratorem. *l. etiam. 5. §. abſens. 3. ff. eod.* vid. omninò Cujac. *7. obſ. c. 17.* Aliter obicem hunc removet Bodinus. *3. d. Rep. 6. num. 317.* & ait: Conſulem manumittere poſſe: id autem intelligi debere de Conſule, quo die faſces ac Imperandi jus habet. Sed eum ſugillat magis, quàm refutat Cujacius, *18. obſ. c. 38.* ubi eum Andium ſine Bono, per anagrammatiſmum vocat, & acerrimè in eundem invehitur, ac multiplicis inſcitiæ reum agit. Verùm, ut Bodinus tàm ratione variæ eruditionis, quàm ingenii & politicæ prudentiæ, omnino præferendus Cujacio eſt, ita & Bodini conjectura quoque hac in parte, probabilis mihi videtur: nempè Conſulem non poſſe de juſtitia cauſæ manumiſſionis ſui Collegæ cognoſcere, niſi eo die quo faſces habet, cùm & illa cognitio ſapiat jurisdictionem, quam par in parem habere nequit. Hæcque conſideratio explicat ſimul illud, quod dicitur hic: Conſules ſeorſim ſingulos manumittere; quia ſc. alternatim habent poteſtatem. Nam ſi eorum una & juncta eſſet poteſtas, nil alius ſine alio expedire poſſet: ſicut & ex trib. Delegatis, duo non judicant tertio abſente. *l. duo ex trib. 39. de re judic.* At aliter in Conſulibus eſt. Prætores ſemper faſces & Imperium habebant, quoniam diviſis muneribus rem gerebant. Conſules, licet ejusdem muneris participes eſſent; nunquam tamen ſimul eodem die faſces habuiſſe, Bodinus notat. Et ſic ratio eſt manifeſta, cur apud unum Conſulem manumiſſio potuerit celebrari. Nec placet Ant. Fabri ſolutio, *in ration. h.* ac etiam Coſtalius videri poteſt. Et fuit certè Cujacius,

more Scholaſticorum, imperioſus & ſuperbus, qui, cùm linguarum aliqua cognitione & antiquitatis notitia aliis antecellunt, omnes ſe Theſauros ſcientiæ poſſidere, ſibi perſuadent. Sed hoc item iis proprium eſt, ut non ſolùm contra magnos viros inſurgant; verùm & ſibi invicem internecinum moveant bellum. Ita ipſe Cujacius nunquam non taxat Guil. Fornerium, & immortales lites cum Ioh. Roberto habuit, quorum etiam ſcripta adverſaria extant. Qui idem Robert. *lib. 1. animadverſ. c. fin.* teſtatur: Cujacium repulſam à ſuis Tholoſatibus in Anteceſſuræ petitione paſſum, utpote qui ejus vanas verborum velitationes, & tot futiles correctiones, juris auctoritati dignitatique detrahentes, ſciebant. Indè autem ad Bituricenſes ſe contuliſſe, ibique idem munus avidiſſimè ambiiſſe; cùmque ex more, axiomata publica diſputatione aſſerenda proponere, coactus fuiſſet; in eas anguſtias fuiſſe redactum, ut, cùm objecta, quibus urgebatur, nullo modo diluere, nec item finem diſputationi imponi, impetrare potuiſſet, morbo correptum ſe ſimulans, vix cœpto congreſſu, terga dare, & ex ſuggeſtu ſeſe turpiter proripere, fuerit conſpectus. Sed hæc addita fuerunt hactenùs, animi gratia, & ut ſciamus, præſentiam ſemper minuere famam. Porrò autem *ex l. h.* adparet, minorem 20. annis Conſulem eſſe poſſe; ut & *ex l. quidam conſulebat. 57. ff. d. re judicat.* conſpicuum eſt idem. Et nominatim Commodum, M. Antonini Philoſophi filium, nondùm 20. habentem annos, ad Conſulatum fuiſſe evectum, Lampridius refert. & vide Coraſ. *h.* Huic refragatur *l. ad Remp. 8. d. munerib. & honorib.* ubi reſpondetur: ad Rempublicam adminiſtrandam, vel honores admitti neminem oportere ante 25. annum: quod omninò de Magiſtratibus municipalibus eſt capiendum. *arg. l. non tantùm. 11. d. Decurionib.* Alioqui ab initio in libera Republica non modo 25. ſed 43. anni præſtituti fuerunt. Cujac. 17. *obſervat. 43.* Et pateſcit ex Suetonio *in Auguſt. c. 33.* annos 30. ad Iudicis officium obeundum requiſitos fuiſſe. Sed poſtquam Romæ Principes Imperium adſe tranſtulerunt, & Magiſtratus mandare cœperunt: *l. 1. ad L. Iul. ambitus.* non ætas, ſed voluntas ejus ſpectabatur, ac inſtar ſacrilegii habebatur, an dignus ſitis, qui à Principe electus fuit, dubitare. Quemadmodum & populus non ſemper ætatem reſpiciebat: ſed interdum extraordinaria poteſtate agebat; ut in Pompejo ac aliis factum fuit. Eaque ratione

tione & Scipio olim dicebat: *Sat habeo annorum, ſi populus me Conſulem voluerit.* Potuit namque populus contra Leges ſuas diſpenſare, æquè ac Principes. Sed tamen hæc eo fine dicuntur, ut ſciamus, nullam non eſſe minorennis Magiſtratus electionem; ſed tamen periculoſam eam eſſe puto: cùm privatis rebus ii, qui infrà 20. annos, præeſſe non poſſint; adeò ut ne venia ætatis ipſis detur. *l. 2. C. d. his qui veniam ætat. l. demq. 3. d. minorib.* vide Chriſtian. Ohemium, *in diſcurſu Iuridico Polit. d. Conſulibus. fol. 91. & ſeqq.*

43. Tit. d. offic. Præfect. Prætorio.

QVis nunc Prætorio Præfectis aſſimiletur? dubitatione non caret. vide Majer. *in diſp. ad Lib. 1. ff.* Budæus *h.* Cancellarium æquiparat Prætorio præfecto: à qua opinione meritò recedit Joh. Pyrrhus, *1. & 2. d. Magiſtratib.* nec præter rationem. Cancellarius enim in plerisque locis minimè Magiſtratum gerit, ſed in Conſilio Principis, Referendarii, & directoris tantùm gerit vices. Ac licet non negemus, in Gallia receptum eſſe, ut is reſcripta vel reſponſa & mandata Regis inſpicere, malè ſcripta cancellare, benè verò ſcripta ſignaculo obſignare poſſit. Nicod. *in dictionar. verb. Chancelier.* Calvin. *in Lex. Iur. v. Cancellarius.* Vnde non in Gallia ſolùm, ſed & in Aula Imper. Romani, præter Regis ſubſcriptionem, etiam Cancellarius ſubſcribit. Et Cancellarius eſt ſigilli cuſtos, ne quid Rex malè perſuaſus, ſigillo & manu ſua ſignet, quod pœniteat poſteà ipſum. At verò Prætorio præfecti longè alia altitudo majorque Potentia fuit, quàm ut in Cancellarii munus nomenque cadere poſſit. Eamque ideò Chariſius, non poteſtatem, ſed licentiam pleniorem adpellat. vid. Pet. Fabrum. *1. ſemeſtr.* Kirchnerum, *tr. de Cancellario. lib. 1. cap. 2. num. 21. &c.* Et magis ſimilis eſt Cancellarius Quæſtori, arg. *t. d. offic. Quæſtor.* Ego nihil in antiquitate Germanica, & hodierna facie Imperiorum invenio, quod illis æquiparari poſſit, quam in Gallia olim, ſub prima linea præſertim, Majores Domus, ſeu Palatii Magiſtros, de quibus Freher. *d. orig. Palatin. à Princip.* aut Coneſtablios hodiè Gallicanos. Antiquis item Prætorio præfectis planè hodiè ſimiles ſunt Beglerbegi, quorum alter Thraciæ; alter Aſiæ ſeu Anatoliæ, jura dat apud Turcas. Iuſt. Majer. *diſput. ad ff. lib. 1. th. 188.* Bartolus. *in l. omnes populi. d. Iuſt. & iure. num. 8.*

Digitized by Google

num. 8. exclamat: Præfectis Prætorio Reges æquiparari omnes, qui ſunt hodiè per mundum. Abſurdè ſanè, ex ſententia multorum: Præfecti enim Prætorio Magiſtratus tantummodò fuerunt, nec perpetuam poteſtatem, aut Majeſtatem habuerunt. Verùm Bartolus eò reſpicit, quod putat Imperatorem Mundi Dominum, Reges alios ejus tantùm Magiſtratus eſſe. Ad veteris item Præfecti Prætorio dignitatem, in hodierno rerum ſtatu, quàm proximè vulgò accedere cenſent faſtigium Principum Electorum: quod tamen Heigius. *1. qu. 4. num. 18.* benè refutat. Accurſius his Cardinales æquiparat: quod item diſplicet rectè Piſoni Soacio, *in tr. de Venet. & Romanor. Magiſtrat. comparat.* Anton. Faber. *h.* Senatum Pedemontanum, Præfecti Prætorio habere dicit auctoritatem: ſed abſona eſt comparatio hæc. Namque alia adhuc plura privilegia habuit illa Præfectura, quàm ademptam adpellandi poteſtatem. Summatim dicam, fruſtraneam operam inſumere, qui Magiſtratibus Romanis, earumque poteſtati, æquiparant hodiernas. Nec enim Magiſtratuum Romanorum par ſemper omni tempore fuit poteſtas: & Reipublicæ mutata forma, etiam quàm plurima abolita, vel antiquata fuêre. Coraſ. *h. inf. & l. 2. §. populi. d. O. I.*

44. Tit. de offic. Præfecti Urbi.

IN *l. 1. h. t.* Interpretes noſtri quærunt: *an cogatur quis res ſuas vendere, pretio juſto?* Negativa probatur *in l. non enim. 9. ff. rer. amotar. l. nemo exterus. 9. C. d. Iudæis.* Nemo etenim vendere cogitur. *l. alioquin. 11. l. Quid tn. 14. C. d. contrah. empt. l. nec quaſi. 70. d. rei vendic.* Conſenſus enim maximè attenditur in contractu; in coacto autem non præſumitur conſenſus: cùm velle non credatur, qui obſequitur imperio alius. *l. velle. 4. d. R. I.* Huic opponunt *h. l. n. 1. §. cura.* ubi dicitur, ad Præfectum Vrbi pertinere, ut caro juſto pretio vendatur. Solvere conatur hanc objectionem Pacius, *qu. 42. ἐναντιοφαν. cent. 1.* Res magis ita ſe habet. Regulariter nemo vendere cogitur res ſuas; per jura jam adducta. Regula hæc duas habet exceptiones. (1.) Mercaturam exercens, ſi modò vendere velit, cogi poteſt, ut juſto & definito pretio vendat. Non equidem cogitur vendere, ſed ſi vendere ſeu mercaturam exercere velit, cogi poteſt, ut tanti vendat. Indeque in benè conſtitutis Rebuſpublicis, Pharmacopolis, aliiſque merca-

mercatoribus pretium ſtatuitur mercium, quas vendunt: Man machet ihnen gewiſſe Taxen. Ita & Statuta contra monopolia, & ſimiles contra captiones artificum ſanciuntur, ut dixi. *1. Pol. 12. num. 25. v. 3.* Ita etiam opificis mercedes taxantur. Sic etiam habitationes hoſpitiorum in hac noſtra Academia, non niſi certo, eoque definito pretio locari debent. Planè quemadmodum nemo cogitur mutuum dare, tamen ſi quis mutuum dare velit; non licet ei ſtipulari, ultra definitum modum uſurarum. Sic nemo cogitur vendere, mercaturam vel opificium exercere, ſed horum ſi quid facere velit, cogitur Legibus publicis obedire. Nam & teſtari licet, ſed tamen facere nemo poteſt, ne Leges in ſuo teſtamento habeant locum. Sicque ſancit. *h. l. n.* ut Vrbi præfectus curet, ne, quæ venum ſemel expoſita ſunt, immodico pretio diſtrahantur. (2.) Exceptio eſt, in caſu publicæ neceſſitatis: omnis enim cogi poteſt, ut vendat, quo ipſe carere poteſt; publica quia neceſſitas talis caſus eſt, ubi Princeps uti poteſt extraordinaria poteſtate, & quæ nullas recipit leges, & publicæ inediæ omninò conſuli debet. *h. l. n. §. 11.* Bart. *in c. 1. extr. d. empt. & vendit.* Hoc enim humanæ ſocietatis reſpicit utilitatem, quæ dubio procul præponderat privatæ. *l. 1. in fin. C. d. cad. toll. auth. resqua. C. com. de leg.* Et pariter propter publicam æquitatem, Princeps vel etiam magiſtratus alius, ad vendendum, aliquem cogere poteſt: puta cùm via publica, vel fluminis impetu, vel ruina amiſſa eſt, vicinus proximus viam præſtare debet. *l. ſi quis ſepulchrum. 12. d. relig. & ſumpt. funer. l. ſi locus. 14 §. 1. quemadmodum ſervitus amitt.* Quæ tamen omnia intelligenda ſunt, de diſtractione pretii juſti. *l. venditor. 13. §. 1. ff. com. prædior.* Vivius. *com. opin. verb. vendere.* Decius. *ad l. id quod. 11. d. R. I.* Pruckman. §. *ſoluta poteſtas. membr. 2. effect. 6. c. 4.* Quæri & hìc poteſt: *An præſes, vel alius quis Magiſtratus, in perpetuum alicui interdicere poſſit, quò minùs arte ſua utatur:* daß man einem das Handwerck niderleget? Et reſpondetur, fieri hoc non poſſe: cùm interdictum illud valeat tantùm tamdiù, quamdiù Magiſtratus ille fungitur officio. *l. ult. ff. d. pœnis.* Hinc & olim Edicta Prætorum annua fuerunt: quia officium eorum ultra annum non durabat. Ideò & Prætoriæ actiones annuæ ſunt, ratione temporis adminiſtrationis. Huic enunciato Pacius *ἐναντ. 1. quæſt. 43.* objicit. *l. h. n. §. ult.* ubi ita ait JC. *Interdicere poteſt præfectus Urbi, & negotiatione, & profeſſione, &*

advocationibus & foro; *& ad tempus, & ad perpetuum*. Reſpondet Pacius, diſtinguendo inter advocationem, & mechanicas artes alias. Sed vix ſubſiſtere hæc Reſponſio poteſt; cùm hic JC. non de advocatione ſolùm, ſed & de negotiatione loquatur; & verba illa, *in perpetuum*, tàm ad advocatos, quàm ad omnia præcedentia referantur. Magis E. eſt, aliundè reſponſionem ut ſumamus: nimirùm ex auctoritate hujus Magiſtratus, ad quem omnium poteſtatum adpellationes redierunt; quique omnibus dignitatibus ac Magiſtratibus Vrbanis major fuit. Weſembec. *h.* & Calvin. *in Lexic. Juris*. Hic de extraordinariis criminibus, arbitratu ſuo ſtatuebat. *l. 1. d. effractorib.* Prætores item, & Vigilum præfecti, ſi quis graviore ſupplicio plectendus eſſet, eum ad illum remittebant. *l. nam ſalutem. 3. & l. ultim. de offic. Præfect. vigil.* Quin & præfecti Vrbi dignitas perpetua fuit; ut notat *h.* Faber: quod ſi eſt, omnem hoc adimere poteſt dubitationem. Nam magiſtratus tantùm annui, in perpetuum, negotiatione interdicere non poſſunt.

TIT. X.

45. *Ad l. 1. §. 13. ff. de offic. Præfect. Vrbi.*

Dubitatum memini de eo; *An Magiſtratus aliquem poſſit relegare, ultra territorium ſuæ Iuriſdictionis?* An item jure ſcripto defendi poſſit, ut criminoſi relegentur ultra Rhenum, vel ultra Danubium: Da man einen laſſt über den Rhein/ꝛc. ſchwehren/ꝛc. Num verò id tantùm conſuetudine obtinere videatur? Sane opinio negans magnas habet rationes. Facit pro eâ *l. ult. ff. d. Iuriſdict.* ac maximè *l. Relegatorum. 7. §. interdicere. 10. ff. d. interdictis, & relegat.* ubi reſpondetur: *interdicere quis ea provincia poteſt, quam regit, alia non.* Et *in §. quibuſdam. 14.* habetur: quibuſdam Præſidibus ſingulariter hoc indultum eſſe, ut multis provinciis interdicere poſſint. Vndè Bartolus *in l. cunctos populos. n. 50. C. d. ſumm. Trinit. ut & in d. l. relegatorum. §. eſt quoddam. 5.* dicit: ſi pœna reſpiciat interdictum certi loci, puta ſi perſona relegetur, ita ut prohibeatur commorari in certo loco; eo caſu ſententiam relegationis, ſeu, ut Bart. loquitur, confinii, extra territorium judicis, vim habere nullam: ita ut per hanc traditionem.

nem, relegatio, qua facinoroſus per ſententiam in Hungaricos fines, contra Turcam condemnatur, non valeret. Et tamen conſuetudine in Germania omni introductum eſt, id ut fiat: ac quoque ut relegetur quis ultrà locum, quàm quò ſe relegantis jurisdictio extendit. Anton. Berneder, magnus Germ. practicus, *in tr. Germ. qui inſcribitur*, Ein newe Halßgerichts Ordnung. *t. 5. art. 2.* Et ſpeciale olim fuit in Præfecto urbi, ut potuerit Italia ſubmovere. *h. l. noſt. §. 13. vid. tamen me in tr. d. Iur. territ. fol. 274. & ſeq.*

Maximam tandem habet difficultatem *l. ult. h. t.* ubi ita reſpondet Vlpianus: *Præfectus urbi, cum terminos urbis exierit, poteſtatem non habet: extra urbem poteſt iubere iudicare.* Non caret, inquam, difficultate noſtra lex: quid enim eſt, poteſtatem non habere, & tamen poſſe judicare? Ideoque Ant. Faber. *h.* negationem addit, & verba finalia ita legit: *nec extra iuriſdictionem poteſt iudicare*; eò quòd Iudices litigantibus dare, ſit ſpecies Iuriſdictionis; *l. 1. ff. de Iuriſd.* quod proindè fieri nequit extra urbem. *l. ult. d. t.* Ferè eandem propter rationem, non extrà, ſed intra urbem legit Hotoman. *4. obſ. 22.* Sed hujus noſtræ legis talis eſt ſenſus: Præfectus Vrbi extra Iurisdictionis, ſuique territorii fines conſtitutus, jus quidem ipſum dicere nequit: cæterùm in certa cauſa judicem dare, eumque in urbe judicare jubere poteſt; quippè quæ voluntariæ ſunt Iurisdictionis, extra limites territorii exerceri poſſunt. *l. emancipari. de adoptionibus.* Et etiam contentioſam jurisdictionem præparare poteſt extra territorium ſuum; modò id reſpiciat aliquem actum, in territorio perficiendum. Ex quo concludunt hic noſtri Dd. extra territorium judicem judicare non poſſe: Sed tamen cauſam extra territorium delegare licere.

Tit. XI.

46. *Ad l. 3. ff. d. offic. Prætor.*

Movetur hic politica Quæſtio, circa quam, Politicis cum Iureconſultis invicem quibuſdam, lis eſt: *An nimirum Princeps ſeu Imperator Romanus, prout fuit Auguſtus, Juſtinianus, &c. maiorem ampliorem que habeat poteſtatem, quàm olim populus Romanus, liber exiſtens?* Et ſanè negativam rectè contra Ant. Fabrum, defendit doctiſſimus Hilligerus, *ad Donell.* necquicquam contra-

nitente Gaſp. Schiffordegkero. *lib. 3. tract. 9. qu. 11. & 12.* adde Parutam, *in Diſcurſ. fol. 18. & 19.* Conſtat enim in Vrbe Romana ante Regiam Legem, Remp. Democraticam fuiſſe, & omnem Majeſtatem populum penes reſediſſe; Ego *in tractat. de Democrat. fol. 50.* Et ideò populum legibus ſolutum extitiſſe. Nemoque, qui vel primis labris Politica principia guſtavit, poterit negare, eandem ſpecie Majeſtatem, in Democratia populum, in Ariſtocratia Senatum, in Monarchia Principem habere: & in eo ſolùm differre, quod in Democratia major, in Ariſtocratia minor populi pars, in Monarchia unus illam exercet. Et etiam, quod ſpeciatim attinet Rempubl. Romanam, notum eſt, populum ſuam poteſtatem in Principem tranſtuliſſe: ſicque aliam non habuiſſe eum poteſtatem, quàm quæ ipſi à Populo data fuit. Fatetur Schiffordegkerus, populum ut univerſum, legibus fuiſſe ſolutum, ſed tamen ait, Imperatorem majorem habere poteſtatem. Verùm quis neſcit, legibus ſolutum omnibus eſſe, ſummam importare Majeſtatem, & ſupra ſummum ſuperius non inveniri? Ait quoque Schiffordegkerus, multa facere Principem potuiſſe; quæ lex à populo lata concedere nequibat: quod intelligo de ordinaria poteſtate, quæ in Principe major fuit, quàm in populo. Sed & populus contra legem poterat diſpenſare. Cui ſimile ferè eſt, quod regerit Faber, & poſt eum idem Schiffordegkerus; Principem privilegia, & ſpeciales conſtitutiones facere potuiſſe, populo id fuiſſe denegatum. Extabat namque in L. XII. Tabb. *Privilegia ne inroganto.* Sed huic ſatisfacere poſſunt ea, quæ trado *in Oeconom. tit. 3. & 4. lib. 1. ff. num. 9. ad fin.* Et res ita ſe habet, ut acutus Politicus, Dn. Iohan, Gryphiander, in velitationibus Politico-juridicis, *diſput. de democrat. num. 63.* docet, ubi ita ſcribit: *Quod ergo in Monarchia dicitur Princeps Legibus ſolutus, id in Democratia ad populum non facilè trahendum eſt. Quamvis enim hic quoque conjunctim eodem iure uti poſſit, quia aquè ſummam habet poteſtatem: tamen eo uti non debet, ſiquidem popularem Statum diu ſalvum velit. Alioquin hâc libertate ad licentiam facilè abutetur plebs, ſi ſe intelligat dominam legis, ut docuerunt Roma contentiones Agraria.* Interim non ita adſtricta eſt ſuis legibus Democratia, quin poſſit eas, rebus ita ferentibus, mutare vel antiquare: quia is habet poteſtatem abrogandi, qui habet & ferendi, leges. Quod ſæpè ipſa neceſſitas negotiorum requirit, quibus mutatis, neceſſe eſt

Digitized by Google

te eſt leges mutari: modò id rarò fiat, & non niſi ſummâ neceſſitate urgente. Alioquin eveniet illud incommodum, quod mutabilitati legum prædicit Philoſophus. Sicque ſe populus, quaſi voto obſtrinxit, quòd nolit privilegia irrogare. Princeps juvenis habet poteſtatem plenam; ſed illa Conſiliariis & Pædagogis reſtringitur. Ita & populus habuit cenſorem, ſuammet Legem. Principes majores ſe ita arctari non patiuntur. Sed populus quò magis ſe ita adſtrinxit, eò ſalubrior eſt Democratia. Sicque non obſtat. *l. b. noſtr.* ubi Vlpianus reſpondit: *Servo populum honores mandare poſſe, & cùm ſervo ſciens eos mandat, libertatem eo ipſo præſumi contuliſſe.* Illud jus in Imperat. multò magis obſervandum hîc dicit; non quia populus Romanus ſuis legibus tenebatur, ſed quia Imperatores minùs adſtrictam ſemper ſibi poteſtatem, ſub ſpecie liberalitatis adſcripſerunt. Vndè etiam L. Ambitus, in Imper. ceſſat: *l. 1. ad L. Iul. ambit.* & ſacrilegii inſtar habebatur, de aptitudine ejus diſputare, quem Princeps putaverit aptum eſſe. *l. 2. C. d. ſacrileg. crim.* At ſub Democratia, Viri boni, liberam poteſtatem populi non reſtringere cùm potuerint reverà; tamen eam ita occultârunt, ut nec populus ſciret, quid poſſit. Inde populus, quem deſignârat Prætorem, ſi ejus nomen recipere nolebat Conſul; nihil eo deſignando poterat perficere. Vid. Lyclam. *1. membr. Eclog. 6. fol. 29. & ſeq.* Quod non de extraordinaria poteſtate eſt intelligendum, ſecundum quam ipſe Conſul poterat Imperio privari; ſed de ordinaria. Extraordinaria poteſtas in Democratia, ſi ea perennare debet, non facilè eſt uſurpanda.

47. *Ad eand. l. 3. An error Jus facere queat?*

Regula ſit, errorem non facere jus; Ego *Oeconom. t. 3. & 4. lib. 1. ff. num. 23.* Nec probat contrarium *d. l. Barbarius. 3. de off. Prætor.* Etenim de Prætura Barbarii ita ſentio cum multis: Prætoris quidem munus eum exercuiſſe, ſed (cùm ejus Prætura falſa fuerit & erronea) Prætorem eum haud fuiſſe. Aliud enim eſt Præturâ fungi, aliud Prætorem eſſe, arg. *l. ſi paterfam. 40. de heredib. inſtituend. princ. Inſtit. qui teſtam. dari tutores.* Sed vid. Lyclam. *1. membr. ecl. 6. & ſeq.* & Cravettam, *conſil. 958.* Sicut etiam diverſa ſunt, eſſe in ſervitute, & eſſe ſervum. *l. ei quoque. 11.*

ex quibus cauſ. maiores. poſſidere, & eſſe in poſſeſſione. *l. ſi quis. 10. §. penult. de acquir. poſſeſſ.*

Qui enim latet in dignitate, eam non habet: qui eam non habet, eò quòd ſervus ſit, ſervi ſtatum non mutat. Decreta tamen illius valere dicuntur, non per ſe, tanquam Prætoris, ſed propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt. Sicque Barbarius ille Philippus, qui conditione ſervus, ſub Triumviris (ubi populo ſpecies aliqua libertatis remanſerat) Præturam geſſit, Prætor cùm fuerat deſignatus; at præturâ functus eſt, reſpectu ſaltem eorum, qui egerunt apud eum, lege, vel alio jure: ut explicat Goveanus, *1 var. lect. cap. 6.* Ioh. Robert. *1. recept. cap. ult.* Lyclam. *1. memb. Eclog. 6. & ſeq.* Hilliger. *1. comm. cap. 5. lit. A.* Anton. Faber, & Del-Rio, *in miſcellaneis ſcriptoribus, ad hunc text.* Et porrò controvertitur hîc: *An Notarius, vel Tabellio opinatus, ſi conficiat inſtrumentum, id obtineat aliquam vim?* Et hoc negârunt nonnulli, *per l. Actuarios. 7. C. de numerari. actuar.* & *l. in his. 6. C. de diverſ. offic.* ibi: *irritis his, quæ vetita, contrectaverit, etiam congruam indignationem incurrat.* facit. *l. 2. ff. quod falſ. tut. auct. geſt.* ubi traditur: non valere quæ à falſo tutore ſunt geſta; ut & ſententia à non competenti Iudice prolata, nullius eſt momenti. *t. t. extra ſi non à comp. Jud.* Veritas item prævalet opinioni. *§. ſi quis rem. 11. Inſtit. de legat.* Omnis quoque falſitatis anſa meritò eſt præſcindenda. *l. Jubemus. 29. Cod. de Teſtament.* At viciſſim in adfirmativam ſententiam alii inclinant, idque per hunc noſtrum textum. Sic & in ſimili, contractus geſtus ab eo, qui ſe ſimulat Patremfamilias, cùm non eſſet, valet. Item ſervus in Teſtamento teſtis eſſe poteſt, ſi ab omnibus pro libero habeatur. Rata ſunt beneficia, quæ contulit is, qui pro patrono ab omnibus habetur, cùm non eſſet. *cap. ex literis. 7. cap. conſultationibus. 19. extr. de Jur. Patron.* Vid. etiam Vmmius, *diſput. 17. num. 49.* Ego cum Caſtrenſi, *in l. 1. C. de Teſtam. & aliis ibid.* ac Coſtalio *hic,* Henr. item Gebhardi, *de Uſucap. cap. 1. §. 3. num. 9. & ſeqq. fol. 336. &c.* multùm referre putaverim: an Tabellio ejuſmodi opinatus nullam penitùs officii hujus auctoritatem acceperit unquam: an acceperit quidem; ſed propter vitium aliquod perſonæ ſuæ, ejuſdem incapax eſſet. Primo namque caſu, negativa, in poſtremo adfirmativa arridet. In noſtra quippe lege, Barbarii Philippi geſta propterea valent, quia reverà à populo fuit Prætor deſigna-

deſignatus, & Præturâ ex populi voluntate functus eſt: quamvis non Prætor fuiſſet deſignatus, ſi populus hoc vitium ſciviſſet. Et rationem decidendi hîc ſumit Vlpianus, non ex communi opinione, ſed ſimul ex populi poteſtate: quia etiam ſervum liberum facere potuiſſet. Et ita Tabellarius, qui auctoritatem habet, ſed quæ data ei non fuiſſet, vel adimeretur, ſi notæ ejus qualitates eſſent, firma inſtrumenta condit: non qui auctoritatem ſimulat falſò, quam habuit nunquam. An & quatenus hæc locum habeant in ſpiritualibus cauſis, puta ſi Simoniacus Presbyter Ordines conficiat, docet Gl. *in cap. un. in verb. adprobatis. de voto in 6.* ubi Geminian. & Archidiacon. *ſuper verb. ſuſceptionem.* Frider. de Senis. *conſil. 13.* Huc & pertinet Quæſtio illa, magnis quæ à viris acerrimè diſputata ante aliquot annos fuit: *An qui propter delictum non deberet recipi in numerum ſtudioſorum, eorundem privilegiis fruatur?* quamque multis tractat Dn. Cothman. *conſil. Academ. 50.* An autem verum Matrimonium in loco Concilii Tridentini habeatur, ſi putativus Sacerdos id adminiſtret, conſule Sanchez, *3. diſp. 22.*

Tit. XII.

48. *De offic. Præfect. Vigil.* de incendio.

IN titulo hoc ordinaria habetur ſedes, ubi jus, quod de incendiis eſt, explicant Dd. noſtri. Eaque meritò non inutilis, nec etiam controverſia carere videtur. De eo enim quod hîc quæri ſolet, ſi incendium ſit ortum, an id ſemper intelligatur eſſe excitatum inhabitantium culpâ; de hoc, inquam, inter vicinos, emptorem & venditorem, ante traditionem, locatorem & conductorem, lites haud rarò obſcuræ ſuboriuntur. Et quidem *in l. 2. §. 1. h.t.n.* reſpondet Paulus JC. Plerunque, id eſt; non ſemper, ſed interdum & ſæpè, inhabitantium culpâ incendia excitari. Sicque ex hac lege non poteſt deduci, præſumptionem eſſe contra eum, qui convenitur. Huic opponunt *l. ſi vendita. 11. de peric. & comm. rei vend.* ubi habetur: *Incendium non fieri ſine culpa.* Non hoc quidem nego, niſi cœlitùs ſit ignis immiſſus: At non ea culpa ſemper inhabitantium eſt, ſed & graſſatoribus, ac incendiariis adſcribenda. Jul. Paeius, *cent. 1. quæſt. 45.* Sed ad ſpeciem magis accedamus: Si quis domum vel hoſpitium conduxerit, is de

levi

levi tantùm culpa tenetur. *l. ſi ut certus. 5. § nunc videndum. 12. ff. commodat.* Bocer. *ad l. contractus. fol. 150. ff. de Reg. Jur.* modò conductor non pro cuſtodia acceperit mercedem: tunc enim de leviſſima quoque culpa tenetur. *l. qui mercedem. 40. ff. locat.* Ideoque de incendio ex levi culpa commiſſo, tenetur conductor. Rauchbar. *quæſt. 10. num. 25 part. 2.* quod & de venditoribus ante rei venditæ traditionem, dici debet. *l. quod ſæpè. 35. §. 4. de contrah. empt. l. ſi vendita. 11. de peric. & com. rei vendit.* Idque ad ſocios, coheredes, creditores in pignore, procuratores, tutores, curatores, negotiorum geſtores, œconomos, adminiſtratores, & ſimiles extendit Rauchbar. *quæſt. 10. num. 25. part. 2.* Et quamvis hi omnes culpâ leviſſimâ non teneantur, dubium tamen eſt, *an Legis Aquiliæ actio habeat locum,* ubi talis culpa in conſiderationem venit? *l. in lege. 44. ad l. Aquil.* Verùm & tunc non teneri, veriùs eſt: maximè ſi ſit leviſſima culpa in omittendo. Berlichius, *tom. 4. concl. 25. num. 50.* Nam aliàs abſurdum eſſet diſputare & decidere, conductorem levi tantùm culpâ teneri; ſi actio L. Aquiliæ ad leviſſimam adſtringeretur. Illud verò perquàm eſt controverſum, *cui nam probatio incumbat; anne conductor debeat probare, ſe culpâ vacare, an verò locator, eum exiſtere in levi culpa?* Sanè actori, *h. e.* conductori incumbere probationem, axioma eſt juris vulgatum: in dubio etiam pro innocentia præſumi debet; ne negligentia in rebus propriis præſumatur. Menoch. *6. de præſumption. præſumpt. 77. num. 3.* Viciſſim adverſus conductorem adferri poteſt, in id inclinare præſumptionem juris, quod fieri ſolet plerumque, ut dixi *in œcon. t. d. lib. ad l. 3.* Plerumque autem incendia, ex culpa inhabitantium exoriri, diſcimus ex hac *l. 2. §. 1. h. t. n.* quippe dictio plerumque regulam facit. *gloſſ. in l. dubitamus. ff. de cond. & demonſtr.* At verò, cùm etiam culpa leviſſima intercedere poſſit, & non ſemper levi inhabitantium culpâ incendia concitentur; indè magis eſt, actori ut probationis obtruderem onus, conductorem nempe in levi culpa eſſe, Berlichius *d. concl. num. 78. & ſeq.* Quin & neceſſarium ajunt, ut certi & determinati hominis culpa probetur. Farinac. *part. 3. quæſt. 110. cap. 2. num. 72. & 93.* Vnde fit, ſi in domo combuſta plures habitent, licet omnium culpâ præſumatur incendium ortum: quòd tamen hæc præſumptio ad eos condemnandos non ſufficiat; ſed omnes ſint abſolvendi, niſi certi alicujus determinata culpa probe-

probetur. Berlich. *d. loc. num. 85. & ſeq.* *Quid autem, ſi de culpa unius ex conductoris ſervis, famulis, ancillis, &c. conſtet?* Dominum ſeu patremfamilias ipſum hoc caſu teneri, probare videtur text. *in §. fin. Inſtit. de obl. quæ ex delict. naſc.* Verùm tum demum dominus de facto familiæ tenetur, cùm in officio ſeu miniſterio, cui illam præfecit, ac in quo illius operâ utitur, delinquit. *l. 1. ff. de publican.* Hocque idem probat *l. ſi vendita. 11. de peric. & com. rei vendit.* ubi dicit JC. Quòd ſi ſervorum negligentiâ, inſula vendita fuerit combuſta, ſi dominus diligentiam, quam homines frugi & diligentes adhibere conſueverunt, adhibuit; non tenetur. Hincque teſte Coſtalio hîc, Curia olim Pariſienſis judicavit, dominum de incendio à familia immiſſo non teneri, niſi quæ culpa ei poſſit imputari; quod perditos ſervos in clientela ſua eſſe pateretur. Inde ſi de certa & determinata perſona ex familia, cujus facto incendium ortum eſt, non conſtat, haud paterfamilias tenetur. Farinac. *d quæſt. 110. cap. 3. num. 125.* Si item illa perſona extra ſuum officium peccavit, & ſuo facto incendium excitavit, non hoc patremfamilias ligat. Secus, ubi circa officium ſuum delinquit. Gail. *2. obſerv. 21. num. 6.* Farinac. *d. loc. num. 111. &c.* Berlich. *d. quæſt. 25. num. 105.* Sicque paterfamilias tenetur, ſi recedendo à domo, reliquit adoleſcentes, vel liberos cuſtodes, quorum incuriâ & factô incendium excitatum eſt. Berlich. *d loc. n. 30. &c.*

CINNUS
Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro II. Pandectarum.

TIT. I.
DE JURISDICTIONE.

1. Definitio nominis, & variæ ſignificationes Iuriſdictionis.

ETſi materia Iuriſdictionis totius juris velut obex & repagulum

gulum exiſtat; ubi omnes materiæ, tanquam in ſuo domicilio, ſuaviter deliteſcunt, finemque ſuum exſpectant: Matth. Steph. *h. 1. cap. 1. princ.* hujuſque rei quæſtionem omnem, obſcuram atque difficilem reputent vulgò Dd. *ad L. Imperium. 3. ff. h.* Ant. Govean. *lib. 1. de Juriſdict. in princ.* Et nullum in jure tam ſalebroſum locum eſſe, quàm illum de Iuriſdictione, Coraſius cenſeat. *3. Miſcell. cap. 17. num. 1. in fin.* Hancque difficultatem non minuunt, ſed augent potiùs tot commentatores, totque ſinuoſa Interpretum volumina, ut ea ampliſſimæ Ptolomæi bibliothecæ, ſi in acervum congerantur, abundè ſufficere Longovallius dicat. *ad d. l. Imperium. in princ.* cùm præſertim in cœteris aliquid vidiſſe, hîc planè cœcos fuiſſe arbitretur Muretus: adeò ut ad veritatem ejus inveſtigandam, veteres Iureconſultos, ex inferis revocandos eſſe, non abs re quodam in loco Viglius pronunciet: hacque de materia, vix unquam ita dictum fuerit, ut ſatis explicata videatur; teſte Duareno: Nihilominus tamen, paucis hâc de re, nunc agam; & primo ipſius vocabuli etymon, ac varias ejus ſignificationes indagabo. Dicere, non rarò ſumitur pro eo, cùm quid dicitur pro Imperio atq; poteſtate: unde & Dictatores ſunt adpellati. Sicque à jure dicundo, vel facultate juris dicundi (hoc eſt reddendi ac decernendi) Iuriſdictio eſt denominata. Vacon. à Vacun. *6. declar. 66. num. 1.* Alciat. *2. diſput. 24. ad fin.* Gloſſa & Dd. *in l. Imperium. 3. h. t.* ut & Zaſ. *in rubr. h.* à jure & ditione, deducunt. Vaſquius *1. illuſtr. quæſt. 1.* à jure & datione, eandem derivant, minùs rectè. Non enim Iuriſdictio, nec etiam Iuriſdatio ſcribi ſolet. Ac inſuper ditio Imperium denotat ac poteſtatem. Zaſ. *in l. 2. de orig. Jur. conſt. proœmial. Inſtit. §. utrumque l. 2. §. capta deinde Sardinia. 32. de orig. Jur. l. 2. C. de libert. & eor. liber.* Virgilius, *1. Æneid.*

Cyprum victor ditione tenebat.

Non autem ditio ſeu poteſtas juris apud Magiſtratus eſt (qui tamen dicuntur juriſdictionem habere) ſed apud Principem ſolùm: cui leges ſunt ſubjectæ, qui eſt lex animata in terris. *Novell. 105. ad fin.* Matth. Stephan. *h. t. cap. 1. num. 11.* Porrò juriſdictionis vocabulum ex iis mihi eſſe videtur, quæ Ariſtoteles πρὸς ἑνὸς καὶ ἀφ᾽ ἑνὸς appellat: quando ſcil. nomen commune uni rei principaliter tribuitur, ſecundariò autem alteri propter mutuum ad primum illud reſpectum. Paurmeiſter. *1. de Juriſd. 1. num. 2.*

num. 2. Sicque (1.) omne Imperium, atque omnis juſſus eorum, qui publicè aliis præſunt, latiſſimâ juriſdictionis ſignificatione continetur. Hinc illa vox Principis Romani apud Senecam *de Clementia* 1. *Quæ ruant Urbes, quæ oriantur, mea iuriſdictio eſt.* (2.) Sumitur pro poteſtate, tàm reddendi, quàm conſtituendi Iuris, Prætori & aliis Magiſtratibus conceſſa, *§.* 1. *Inſt. d. obligat.* ibi: *Prætoria ſunt, quas Prætor ex ſua Iuriſdictione conſtituit. §. ſed iſtæ.* 3. *d. Action.* ibi: *quas Prætor ex ſua iuriſdictione comparatas habet, &c.* ubi ædilitias conſtitutiones à Iuriſdictione venire dicitur. (3.) frequenter etiam accipitur pro ea poteſtatis Politicæ parte, quæ in jure reddendo ſingulis poſtulantibus (tàm judicando, quàm exequendo) conſiſtit; ſivè in invitos ſivè volentes exerceatur. Iuriſdictio autem, hoc in ſignificatu, iterum vel ut genus, vel ut ſpecies uſurpari ſolet. Et quidem juriſdictio generaliter accepta, pro omni ſumitur cognitione, pronuntiatione, decreto; in quacunque cauſa, ſivè ea civilis ſit, ſivè criminalis. *l.* 1. *& l. & ſi Prætor.* 3. *ff. d. off. eius cui mand. eſt iuriſd.* Matth. Steph. *b. lib.* 1. *cap.* 1. Hocque ſenſu jus dicere Pomponius ait, *l.* 2. *§. cumque Conſules.* 27. *& §. capta Sardinia.* 32. *verſ. ita decem. d. orig. iur.* non tantum eos Prætores, qui juris in aliis rebus reddendi cauſâ ſunt conſtituti; ſed & illos, qui de quæſtionibus publicis, de falſo, de parricidio, de ſicariis, & de injuriis judicarent. De juriſdictione autem in ſpecie ita dicta, infrà ſuo loco dicam. (4.) Tropicè etiam juriſdictionis vocabulum variè uſurpatur: nimirum pro edictis, quæ Prætor pro modo poteſtatis ſuæ proponit. *l. ſi quis* 7. *d. Iuriſd. l.* 2. *C. d. reſtit. milit.* Pro decreto ac juſſu. *l.* 1. *ſi quis ius dicenti non obtemper.* ibi: *Iuriſdictionem ſuam defendat.* & ibi: *quod extremum eſt in iuriſdictione, non fecit.* Pro ſubjecto juriſdictionis, loco nempè, cauſis & perſonis, de quibus & in quas jus dicitur. *l. ult. d. iuriſd.* ibi: *etſi ſupra iuriſd. ſuam. l. ſi quis ex aliena.* 5. *d. Iudic.* ibi: *Si quis ex aliena iuriſdictione ad Prætorem vocetur.* Pro lege & jure, circa quod reddendum jus dicentis poteſtas verſatur. *l. antiqua.* 23. *C. ad SC. Velleian.* ibi: *antiqua iuriſdictionis retia*, i. e. juris, quâ de re poſt Eguin. Baronem videatur Scipio Gentil. 1. *d. iuriſd.* 1. Paurmeiſter. 1. *d. iuriſdict.* 1. Negat quidem Dn. D. Bocerus. 1. *cap. d. iuriſd. num.* 29. *& ſeq.* nomen juriſdictionis, in aliam quandoque tranſire ſignificationem, quàm ut denotet ipſam poteſtatem dicendi, reddendi, decernendi jus conſtitu-

ſtitutum; & Doctores alios affingere juriſdictioni ſignificatus. Verùm in allegatis legibus illi inveniuntur. Et ipſi Dd. fatentur, iis in locis non propriè; ſed figuratè nomen juriſdictionis uſurpari. Sepono hîc eam ſignificationem juriſdictionis, qua Principis Imperium, & poteſtas etiam legum ferendarum interdum juriſdictionis venit verbo: tantùm enim de juriſdictione & Imperio agitur *in tit. hoc.* quatenus ſunt in Magiſtratu. Indè poteſtas condendi Ius, ſive legis ferendæ, non eſt juriſdictionis, ut contra Eguinar. Baronem ſentit Ant. Goveanus. *1. d. iuriſd. num. 8.* rectèque probat Dn. D. Bocerus, *1. d. iuriſ. n. penult.* toto genere Iura Majeſtatis & regalia à juriſdictione differre, nomine juriſdictionis propriè accepto. Cùm Imperator aliique Principes, quando regalia jura exercent, non decernant jus aliorum negotiis conſtitutum; ſed poteſtatem ſibi datam liberè uſurpent. Bart. quidem, primo meri Imperii gradui talia adjicit, *l. 3. num. 8. d. iuriſdict.* Sed ille non loquitur ex jure Romano, ſed uſu, poſt mutatum Imperium Romanum, introducto; quo Principes inferiores, & Civitates etiam jura territorialia, vulgò Lands-Obrigkeit indigitata habent, quæ Iuſtiniani ſeculo incognita fuerunt: ac item majora ſunt omni Imperio, quod olim Romanis Magiſtratibus competebat.

Quamvis autem, ut jam dixi, juriſdictio in generali ſignificatione, etiam criminales comprehendat cauſas; nihilominùs tamen, ſi Princeps Nobili in Feudum conceſſerit Iuriſdictionem (putà einen Flecken mit den Gerichten) haut merum Imperium conceſſiſſe videtur. *argum. l. ult. d. offic. eius cui, &c.* Fachinæ. *13. cap. 16.* Bronchorſt. *1. ἐναντιοφ. aſſertat. 17.* Dn. Bocer. *claſſ. 5. diſp. 10. th. 64. & ſeqq.* Rudinger. *lib. 2. quæſt. 16.* Weſemb. *conſ. 95. & 109.* Matth. Stephan. *h. lib. 1. cap. 2. num. 8.* Semper enim Imperium merum, propter ſublimitatem, & quòd difficiliùs concedatur, ſpecialem requirit mentionem.

2. *Definitiones & Diviſiones proponit.*

JUriſdictio porrò, ita in genere dicta, dividitur in Imperium, & ſimplicem juriſdictionem. Govean. Scip. Gentil. Dn. D. Bocer. Paurmeiſt. Thom. Michael. Matth. Steph. &c. *in tract. de iuriſdiction.* Sed alii Imperium non conſiderant pro ſpecie juriſdictionis; ſed pro genere quodam, à juriſdictione, omnibus ſuis

ſuis partibus, & uſquequaque, ac in ſolidum ſegregato. Ludovic. Charondas, Georg. Obrecht. Conrad. Pincier. in *tractatibus de eâdem materia conſcriptis*. Adde Lyclamam. 4. *membranar. Eclog. 18.* Pro hac poſteriori opinione, præcipua ſunt argumenta. (1.) Merum dicitur Imperium, quod ab omni juriſdictione eſt ſeparatum, & ita cum juriſdictione tàm criminali, quàm Civili, commune nihil habet, ſed purum ſit, nec inſerviat juridicundo; idque proprietatem verbi meri Imperii indicare putant. arg. *l. cùm ſervis. 82. d. condit. & demonſtr. l. bona fides. 31. Depoſ. l. ſtipulationum. 5. d. Verb. obligat. l. qui res. 98. §. mihi Romæ. 6. de ſolution.* Sic mixtum Imperium non eſſe ſpeciem juriſdictionis ajunt: quia juriſdictio ei ineſt, *l. Imperium. 3. h. t.* & quidem non ut ſpeciem generi, ſed ut ſimplex compoſito, vel ut qualitas ſubjecto. (2) Et hoc Conr. Pincier. *cap. 1. num. 17.* addit: Genus & ſpeciem, ejuſdem originis, juriſque eſſe debere. Nunc verò juriſdictionem eſſe juris naturalis: primitùs jus dictaſſe ipſam naturam. At cùm neceſſitate & uſu exigente, non ſufficiens eſſet dicere jus, ſed ſimul ut ad effectum deducatur, vim & poteſtatem neceſſariam fuiſſe, & Imperium jure gentium natum prodiiſſe. Sed verior eſt opinio eorum, qui juriſdictionem in genere acceptam definiunt publicam de negotiis, ſecundum jus conſtitutum decernendi poteſtatem, ita ferè Govean. *h. 2. num. 59.* Duar. *cap. 1.* Vult. *I. R. 1. c. 12. num. 2.* Publicam dico poteſtatem, id eſt, jure publico tributam, *arg l. Privatorum. 3. Cod. h. l. penult. d. Iudic.* Poteſtatis verò verbum, etiamſi interdum mero Imperio ſoli tribuatur: *l. Imperium. 3. h.* non tamen ſit ſimpliciter; ſed additur gladii poteſtas. Et quod ſubjungitur: hoc etiam poteſtatem appellari: idem eſt, ac ſi diceret, quod etiam κατ' ἐξοχὴν poteſtas vocatur. Vult. *d. c. 12. num. 1.* Cujac. *21. obſerv. 30.* Et verbo poteſtatis etiam ſimplicem juriſdictionem rectè definiri, arguit. *l. Barbarius. 3. d offic. prætor.* ibi: *decernere hanc poteſtatem. l. 1. ſi ventr. nom. mul. in poſſ mittat.* Ac item Imperium merum haud in ſola executione, ſed in jure pœnam delinquentibus infligendi conſiſtere opinor: alioqui & lictoribus tribueretur; ut contra Gillot. diſputans Longovallius ait, *ad l. 3. h. p. 3. c. f. num. 3.* (3.) Animadverſio etiam, quæ Imperio adſcribitur mero, non ſemper ad nudam refertur executionem; ſed & complectitur ſæpè cognitionem. *l. Item apud Labeonem. 15. §. quod ait. 28. d. iniur. l. 1. §. 1. iuncta. l. Verùm.*

rum. 11. §. ſciendum. 3. d. minor. Et ſic Pomponius *in l. 2. d. O. l.* quod *in §. exactis deindè. 16.* animadvertere, id *in §. & quia. 23.* jus dicere appellat (4) De Imperio tractatur ſub tit. generali de juriſdictione. E. Imperium ad juriſdictionem pertinere videtur. Non dici poteſt, fieri ſæpè, quòd cùm rerum affinitas id exigere videtur, ut plura in ſuſceptæ quæſtionis progreſſu tractentur, quàm titulus promittit. Nam haud incidenter de Imperio, ſed ex profeſſo in hoc titulo tractatur, *l. Imperium. 3 & l. jubere. 4. h. t.* (5.) *l. 1. d. off. eius cui Juriſd. eſt mand.* omnem ſcrupulum eximere videtur. Quærit ibi Papinianus: *an mandatâ Juriſdictione Imperium transferatur?* & negat id JC. eò quòd merum Imperium lege detur: quæ autem lege dantur, mandari non poſſint. Nunc ſi Imperium non comprehenderetur ſub vocabulo juriſdictionis, Domitiana & abſurda quæſtio eſſet, diſquirere, an mandata juriſdictione Imperium transferatur, ſi nempè toto genere juriſdictio ab Imperio diſtaret. E contra apparet in hac quæſtione à Papiniano tractata, hanc eſſe rationem dubitandi: quod nimirum ſub generalibus verbis, quibus juriſdictio fuit mandata, etiam Imperium merum, tanquam ſpecies venire videtur, idq; &, niſi ſpecialis obſtaret cauſa, dicendum eſſet. Undè & Imperium mixtum, mandata juriſdictione transfertur. Nec, quæ in contrarium adducta ſunt, obſtant. Haud enim propterea merum dicitur Imperium, quod ab omni cognitione & jus dicentis officio ſit ſeparatum; nam ſanè & abſolvendi habet poteſtatem: ſed quod à ſpeciali juriſdictione, & eo modo juriſdicundi, qui eſt in civilibus cauſis receptus, eſt omninò ſejunctum. Nam Lex magis in publicis judiciis jus dicit, quàm Magiſtratus, ut cui de facto cognoſcere & pronuntiare, & tantùm jus publicis Legibus conſtitutum declarare eſt permiſſum. Sicut è contrario illud Imperium, cui juriſdictio ita ineſt, ut cohæreat, ab Ulpiano, *in l. 1. d. off. eius. & l. Imperium. 3. h. t.* mixtum, & à Paulo, *in l. ult. d. off. eius.* non merum appellatur. Merum Imperium requirit cognitionem, quoad factum, non quoad jus. Eguin. Baro. *var. quaeſt. 53. num. 38.* Matth. Stephani. *lib. 1 c. 6. num. 30.* Undè etiam non exprimebant olim Iudices pœnam damnatorum; ſed de facto tantum & crimine pronunciabant; puta: *Vim feciſti.* Illi quoque, quibus animadvertere in damnatos neceſſe fuit, non dicebant: *morere*; ſed *Lege age.* Qua de re dixi multa *in tr. d. appell. cap. 6.*

cap. 6. num. 2. Nec etiam obſtat, quod Pincier ex diverſitate originis adduxit: quia ex abundanti licet concedamus, juriſdictionem & Imperium ex eodem jure originem ſuam non habere: nihil tamen obſtat, quin ſub eodem genere comprehendi queant. Id enim non eſt infrequens in noſtro Iure. Nam & ſtipulatio, aliiique juris civilis contractus, etiam genere communi ex jure gentium deſcendente definiuntur; nimirum contractu, vel conventione. Imperium, generaliter in jubendo conſiſtit; Iuſt. Meier. *c. 8. §. dec. 1. c. 6.* indeque definiri poteſt: Iuriſdictio poſita potiſſimùm in coërcitione. Vult. *Juriſp. Rom. 1. cap. 12. num. 7.* Et illud porrò, rurſum in Merum & mixtum abit.

3. *De Imperio Mero.*

IMperium merum eſt poteſtas, Criminis reos vel condemnandi, vel abſolvendi. Eodemque ſenſu dicitur, exiſtere gravioris Criminis animadverſionem, Fachinæus, *9. controverſ. cap. 9.* & *lib. 13. cap. 12. & 22.* Quemadmodum ergò juriſdictio ſimplex poteſtas eſt, ſtatuendi in civilibus, ſine coercitione; ita Imperium merum non excludit juriſdictionem criminalem. Arumæus, *diſput. ad leges præcip. 2. theſ. 1. qu. 1. ad fin.* Quamvis enim Conſules, Prætores, & ſimiles Magiſtratus merum non habuerint Imperium, & nihilominus iis competebat cognitio criminalium cauſarum; non id tamen infringit ſententiam noſtram; quid mirum enim, ſi Imperii meri partem conceſſam nonnullis, integram aliis reperiamus, arg. *l. Illicitas. 6. §. qui univerſas 8. de off. Præf. l. inter pœnas. 6. §. 1. de interdict. & releg. l. 1 quando appelland. l. ſi quis. 6. §. eius qui. 7. de iniuſt. rupt. irrit. fact. teſtam.* Ulpianus quidem in *l. Imperium. 3. de Juriſdict.* merum Imperium definire videtur, quod ſit gladii poteſtas, ad animadvertendum in facinoroſos. Hæc tamen definitio perfecta dici non poteſt: Merum Imperium namque, etiam aliâ, quàm gladii coercitione, vim ſuam exercet, *l. ſolent etiam. 6. in princ. l. ſi quid. 11. de offic. proconſul. l. Illicitas. 6. §. qui univerſas. 8. d. off. Præf. l. capitalium. 28. de pœn.* nec in condemnando ſolùm; ſed & in abſolvendo innocentum conſiſtit. *l. ſolent etiam. 6. in princ. de off. Proconſ. l. abſentem. 5. de pœn.* Ergò Vlpiani illa enunciatio, vel pro definitione non eſt accipienda; vel dicendum eſt, illam eſſe confectam à majori & potiori parte Imperii meri: nam & gladius ſymbolum eſt Imperii meri. Vnde gladius

dius prægerebatur olim Regibus, quemadmodum Conſulibus Romanis faſces & ſecures. vid. Bodin. *6. de Rep. 6. pag. m. 108.* Gladii appellatione jus vitæ & necis, potiſſimùm & magnum illud jus Majeſtatis, ut ego alicubi *in Polit.* monui, & Gothofred. *in l. 70. de Reg. iur.* imò amplius etiam, quælibet gravior animadverſio denotatur. *l. Illicitas. 6. §. penult. de offic. Præſidis.* Cujac. *21. obſerv. 30.* Robert. *4 ſent. 22.* Coraſ. *miſcell 17. n. 8.*

Primò omnium autem inquirendum, à quo Merum Imperium deſcendat? tùm quâ ratione concedatur, aut acquiratur, cui detur, porrò quomodo exerceatur? Imperii efficientem cauſam remotam Deum eſſe, nemo Chriſtianus ignorare poteſt: nam ſtatim à diluvio, Magiſtratui gladii poteſtatem dedit Deus: cùm homicidarum ſanguinem effundere jubet. Et omnem poteſtatem, Dei eſſe ordinationem, dicit D. Paul. *13. Rom.* quod & ultrò fatentur noſtræ Leges, *Nov. 6. Nov. 83 § 1.* Minus remota cauſa eſt ipſa Reſpublica. Propinqua cauſa eſt Princeps in Monarchia, in Democratia populus, in Ariſtocratia Senatus. Jam enim in politicis docui, à Majeſtate omne profluere Imperium, pariter ut à mari flumina alia. A Majeſtate omnem aliam proficiſci juriſdictionem; pariter ut lumen à ſole mutuantur cœteræ Stellæ. Et hîc Nobilis illa, inter Lotharium & Azonem orta controverſia, decidenda erit: nempè, cùm Populus, Senatus, vel Princeps merum in aliquem Imperium transfert, an ipſum Imperium, num verò illius tantùm exercitionem concedere intelligatur? Et quidem Lotharius exercitionem ſolùm Imperii meri, at Azo ipſum Imperium transferri voluit. Cùm verò, poſt multam diſceptationem, neuter alterius acquieſceret opinioni, depoſito ex ſponſione apud ſequeſtrum equo. Henricum Imperatoris Friderici filium acceſſerunt, eique hujus controverſiæ cognitionem permiſerunt: qui rejecta Azonis ſententia, pro Lothario pronunciavit. Verùm poſteà communis Interpretum Schola ſententiam Azonis probavit, eamque ab Imperatore malè condemnatam aſſeruit. Undè illud dicterium fuit ortum: *Lotharius dixit iniquum, & obtinuit equum. Azo dixit aquum: ſed perdidit equum, &c.* huicque communi ſententiæ Dn. Bocerus. *cap. 8 à pr.* ſubſcribit. Argumenta pro ea adferuntur. (1.) Legatus Proconſulis nec animadvertendi, nec coërcendi, vel atrociter verberandi jus habet, ſed ſi quid majorem requirat animad-

madverſionem, ad Proconſulem id remittere tenetur *l. Si quid. 11. d. offic. Proconſ.* Ergò ipſe Proconſul habet hoc jus graviter animadvertendi, & conſequenter Imperium merum. (2.) Præſes, quem Princeps eligere ſolet, majus Imperium in Provincia habere dicitur, omnibus poſt Principem. *l. Præſes. 4. d. off. præſid.* & in *l. pen. d. t.* abdicando ſe, non dicitur Impetium amittere. (3) Merum Imperium eſt poteſtas animadvertendi in facinoroſos. *l. Imperiũ. 3 h. t.* At hanc poteſtatem populus & Princeps aliis tribuit. E. tribuit illis Impetium merum. Ego contrariam opinionem, tàm juris, quàm politicis rationibus, puto magis convenientem eſſe; ut docui *in tr. d. Maieſtate*, quam multi ibi allegati ſequuntur: Conſtat enim omnes in Republica Romana, ut olim fuit, Magiſtratus, non perpetuam aut hereditariam (ut nunc Status Imperii Romano-Germanici) ſed precariam quaſi poteſtatem habuiſſe, ſpeciali lege conceſſam, varieque limitatam, quam revocare, quandocunque lubebat, potuit Populus vel Princeps: Imò Majeſtatis erat reus, qui invito Principe Impetium aliquod retinebat. *l. 2. ad L. Jul. Maieſtat.* At verò precarium, commodatum, & qui his ſimiles tituli ſunt, non faciunt rem accipientis; ſed uti tantùm re conceſsâ permittunt. *l. 1. §. Et eſt. 3. ff. d. precar.* (2.) Conſtat Magiſtratib⁹ Romanis juriſdictionem non privativè, ſed cumulativè à populo & Principe conceſſam fuiſſe. Ex quo ſequitur immediatè, populum vel Principem, ipſum Ius meri Imperii ſibi reſervaſſe. (3.) Expreſſus eſt textus *in l. 1. d. off. eius cui mandat. eſt iuriſd.* in ſententiam noſtram, ubi poteſtas Magiſtratuũ, exercitio pnblici Iudicii vocatur. Non obſtant contraria argumenta, Ex primo n. non ſequitur, Proconſulem ipſum merum Imperiũ habere. Lubens fateor, & Ptoconſuli jus animadvertendi competere: at jus illud animadvertendi non ipſum merum Imperiũ; ſed ejus tantùm exercitio eſt. In (2) argumento opponitur Præſes aliis Magiſtratibus, reſpectu quorum majus Imperium habet: ſed reſpectu Principis tantùm habet Imperii exercitionem. 3. Magiſtratus habent poteſtatem animadvertendi: ſed illa poteſtas, ut dixi, tantùm Imperii exercitionis eſt facultas. Imperium ergò merum, cùm olim apud Populum, & pòſt, translata ad Principem poteſtate, penes ſolum Principem erat, ut docui *in Politicis*: itaque falſum eſt, quod Dd. noſtri comunitet dicunt: Merum quoq; Imperium præſcriptione acquiri, cùm is, qui illud non jubente Principe uſurpat,

vel invito Principe retinet, crimen læſæ Maieſtatis committat. *l. 1. & l. lex. 3. ad L. Jul. Maieſt.* Arum. *diſp. ad ll. prae. l. 2. th. 2.* Th. Mich. *d. Juriſd. th. 29.* Et caret omni dubitatione, Privatũ adverſus Remp. pariter ut Reſp. contra Deum, nulla ſe præſcriptione tueri poſſe.

Ex quo porrò ſequitur, gladii poteſtatem, cùm ſit qualitas quædam, quæ homini à natura non ineſt, ſed ita competit uni, ut non ſtatim alteri tribuatur, ob id probandam eſſe, Menoch. *2. praſumpt. 14. num. 9. & ſeqq.* Quin nec prorogari poteſt: Criminalia enim Iudicia unicè legi ſunt ſervata, & is, qui in criminalibus jus dicendi poteſtatem nactus, nihil amplius, quàm quod ipſi nominatim & ſpeciatim conceſſum eſt, habet: ut rectè ait Vulteius, *ad l. 1. Cod. d. iuriſdiction. num. 10. 110. & 135.* & cùm ſola lex, non ego, ſit Dominus meæ vitæ, non poſſum alteri, quàm cui à lege ſpeciali eſt conceſſum, in criminali cauſa me ſubjicere. At ais, Parentes jus vitæ & necis in liberos habuiſſe: id fiebat non vi juriſdictionis cujuſdam, ſed ex ſpeciali quadam permiſſione, a lege facta, quemadmodum furem nocturnum, adulterum, graſſatorem, &c. occidere eſt permiſſum. *l. un. C. quand. lic. unicuiq, ſine Judice.* Ratio autem, cur merum Imperium ſpecialiter lege detur, non obſcura videtur: cùm nempè judicium de capite, fortuniſque civium in hoc Imperio contineatur, neque judicari de capite Civis, injuſſu populi, licuerit olim, quod multis explicat Scipio Gentilis: *in diſput. de Jure publico, ult.* meritò itaque & ſpecialiter ac nominatim dandum hoc Imperium fuit certis Magiſtratibus atque perſonis; Scipio Gentil. *3. de Juriſdict. 27.* à quibus etiam in alium non potuit transferri. *l. nemo poteſt Jus gladii. 70. de R. I.* & dicam *ſuo loco.*

Nunc, cui Imperium merum detur? erit diſpiciendum; ubi quæritur primò: *an ullo tempore privatus, apud Romanos, habuerit Imperium merum?* quod Cujacio arridet, *15. obſ. 39. & 21. obſerv. 30.* Movetur is *l. 1. §. 1. ff. ad l. Cornel. de Sicar.* ubi inquit JCtus: *qui Magiſtratus, Judexve quaſtionis, &c.* Magiſtratum hîc opponit, judici quæſtionis: ex eoque videtur, Iudicem quæſtionis privatum eſſe; cui ſorte obtigit ex lege quæſtio publica, qui publico judicio præeſt. Sed omnibus politicis rationibus hæc ſententia repugnat: cùm gladii poteſtas publica ſit, quæ ſtatim ex privato publicum facit Magiſtratum. Eſt enim in Principis, vel populi arbitrio, hanc poteſtatem vel Magiſtratui, vel privato dare, ſeu

ſeu qui antè non erat in officio Magiſtratus. arg. *l. Præſes. 3. de off. Praſ.* Arumæus, *diſput. ad ll. præcip. 2. theſ 3. quæſt. 2* Scipio Gentil. *3. cap. 19.* ubi ſimul docet, huic noſtræ ſententiæ nil decerpere *dictam l. 1.* cùm de Prætore loquatur, qui καθ' ἐξοχὴν vocatur Magiſtratus. Nam abſonum eſt etiam, quod alii dicunt, illos capitalis quæſtionis Iudices cognitionem tantùm habuiſſe, non exequendi vel etiam abſolvendi poteſtatem, in quibus merum Imperium præcipuè conſiſtit. arg. *l. ſolent etiam. 6. de officio Proconſ.* Treutler. *vol. 1. theſ. 4. lit. c. diſput. 3.* Dictatorem merum habuiſſe Imperium, vulgò interpretes etiam Neoterici dicunt: per *l. 2. § populo deinde aucto. 18. de orig. Jur.* Sed ſummam habuit is poteſtatem; cujus poteſtatis effectus etiam capitis animadverſio eſt. Regiam habuit poteſtatem: niſi quod non perpetua erat, ut *in tract. de appellat.* dixi, *cap. 2. §. 5.* Poteſtas hæc non ſolùm merum & mixtum Imperium, ſed ambitu ſuo, multa adhuc alia continebat. Eadem ratio fuit Conſulum, cùm ex *SC.* ipſis demandabatur: viderent, ne quid detrimenti caperet Reſpublica; ſicut factum eſt in conjuratione Catilinæ, & in metu C. Iulii, ad Urbem adventantis. Quo SCto maxima fuit poteſtas Conſulibus permiſſa, ut in *conjurat. Catilinæ* Saluſtius teſtatur, & ferè Imperium Regium atque abſolutum. Cœteros quod attinet Magiſtratus, omninò notandum venit; Merum Imperium, ac item mixtum, in ejus quidem dominio eſſe, cujus nomine faſces gerit Magiſtratus. Lyclam. *5. cap. 8.* Eum Imperii tantùm exercitium habere. At verò & hocce exercitium in Magiſtratuum perſona non uniforme eſſe; ſed cùm ex ſola proveniat conceſſione, proindè aliis aliter conceſſum fuiſſe: ideoque plenum interdum fuit, cùm nimirum omnes ejuſdem gradus concedebantur; interdùm minùs plenum, cùm certi ejuſdem gradus, utjus gladii, vel ſaltem jus de crimine cognoſcendi, concedebatur. Sic Præfectos urbi plenum imperii meri exercitium habuiſſe puto, *l. 1. de offic. præfect. urb. l. 1. §. generaliter. 3. de pœnis.* vel invitò Goveanò, *in l. 3. h. tit.* Præſides utcunque eorum Imperium majus fuiſſe dicatur, omnibus aliis in Provincia, *l. Præſes Provincia. 4. de offic. Præſid.* & etiam iiſdem adſcribatur gladii poteſtas; *l. illicitas. 6. § qui univerſas. 8. d. t.* non tamen habuerunt jus deportandi. *l. inter pœnas. 6. §. 1. de interd. & releg. l. 1. §. his quibus. 2. de legat. 3.* Hoc quamvis Hotomanno non placeat.

Digitized by Google

3. obſ. 12. qui utitur argumentó à majori ad minus: nempe quod cùm jus habeat gladii, id eſt, vitæ adimendæ; ergò & id, quod minus eſt, jus nempè deportandi, ei competere debere. Verùm hoc argumentum procedere omninò nequit: cùm imperium merum non tantùm ex ſola proveniat conceſſione; ſed & ſecundum illam ſpecialem conceſſionem efformetur: ideò in arbitrio fuit concedentis, dare id, quod eſt majus, & retinere id, quod eſt minus. Atumæ. *dict. loc. diſput. 2. th. 3.* Itaque regula erit conſtituenda: Quæ ad merum pertinent Imperium, ea, niſi cuncta ſpecialiter lege tribuantur, nemini competere omnia. Ideò olim mandata Præſidibus provinciarum dabantur, ubi omnis ratio diſciplinæ atque Imperii deſcribebatur, ut haberent quaſi commentarium quoddam, & admonitorium rectionis. Scip. Gentilis. *3. cap. 24.* Præfectus Prætorio, qui à Caſſiodoro Pater Imperii, & Pater dicitur Provinciarum, *6. var. 8. & 11.* non ſolùm pleniſſimum habuit Imperium, in ipſos Præſides Provinciarum (nam integras rexerunt Diœcœſes, quæ plures Provincias continebant.) ſed & in Senatores. *l. Ne quis. 38. Cod. de decur. lib. 10. l. Si quos. 3. Cod. de offic. Præfect. Prætor. orient.* Similiter Præfectorum Prætorio vicarii, quorum dignitas Præfecturæ Prætorianæ portionem trahit, *l. 1. C. de off. Vicarii.* Magiſter Militum, qualis ſub Imp. Iuſtiniano Belizarius fuit, *l. ult. C. de diverſ. reſcript.* ſummam in equites & pedites, atque adeò in omnes Provincialium exercituum Duces, habuit poteſtatem. *l. 1. in fin. Cod. de off. Magiſtri milit.* Sed tamen Imperium militare ſeparata ſpecies juriſdictionis eſt, & multa ſingularia habere videtur: ut *in politicis* ex Clapmario doceo, & apparet hoc idem ex eo, quod Dux Exercitus poteſt etiam delinquentes in alterius territorio coercere, & ultimo ſupplicio afficere. vide Andr. Knich. *de iure ſuperiorit. cap. 4. num. 42. &c.* Econtra Præfectus Annonæ criminaliter cognoſcit de his, quæ ad utilitatem publicæ pertinent Annonæ, *l. ultim. §. ultim. ad l. Jul. annona.* non verò eundem in facinoroſos animadvertere, Cujac. inquit, *in parat. C. de offic. præf. vigil.* quod ita intelligo, ut ſi gravius quid commiſerint, tunc totam cauſam, non tantùm executionem ad Præfectum urbi remittere poſſit. Hocque idem dico de Præfecto Vigilum, qui facinoroſos inquirebat, & ut eleganter Caſſiodorus ait, furta in furibus faciebat, dum eos noctu circumveniebat, non tamen eos ultimo ſupplicio afficere poterat.

l. nam

l. nam ſalutem. 3. §. 1. & l. ult. de off. Praſ. Vig. l. 1. §. 1. C. eod. Vterq; enim ſub Præfecti urbi diſpoſitione erat: cùm Præſides in municipiis non ſolùm merum ſibi Imperium vindicârint, *l. Praſes Provinciæ. 3. & l 4. l. illicitas. 6. § qui univerſas. 8. ff. de off. Praſ. l. 1. l. defenſores. 2. C. de def. Civ. Nov. 15. c. 1. §. 1. & c. 6. §. 1.* ſed cognitionem de levioribus criminibus. arg. *d. l. 2. de def. Civ.* Ideò Municipalibus Magiſtratibus merum Imperium non eſt adſcribendum: quamvis prehenſionem habebant; *l. neminem. 22. C. de Epiſcop. aud. & Novell. 15.* idque non vi meri Imperii, ſed potius, ne, dum Præſes aditur, criminoſus evadat, quemadmodum etiam privatus in flagranti delicto comprehenſum capere & Iudici adducere poteſt. Qui præſunt alicui collegio, vel univerſitati; non merum imperium, ſed tantùm juriſdictionem habent, *l. ult. C. de iuriſd. om. Iud.* Ac quamvis alicui videri poſſit, nec juriſdictionem collegia habere, cùm nempe conſenſus privatorum haud faciat Iudicem eum, qui nulli judicio præeſt. *l. 3. C. de Iudic.* Collegii autem ac univerſitatis Iudices, à Collegiatis & privatis perſonis eligantur. Verùm juriſdictio hiſce non datur à privatis, à quibus eliguntur: ſed à Principe, qui Collegium approbavit, & collegio tribuit juriſdictionem. Duaren. *tract. de Iudic. cap. de foro competenti.* Quæri hîc poteſt: *an Rectoribus Academiarum merum competat Imperium, vigore auth. habita. C. ne filius pro patre?* Quod negat Heig. *2 quaſt. 11.* & Arum. *diſp. ad ll. prac. 2. th. 3. q. ult.* affirmat Matth. Steph. *tr. de Iure Acad.* Gentilis, *3. de iuriſd cap. 17.* Et Bodinus etiam *3. de Rep. cap. 7.* cenſet, haud in Republica convenire, ut Collegiis & privilegiatis corporibus, in criminalibus Iuriſdictio vel gladii poteſtas tribuatur, quod colligere etiam quimus *ex l. 2. C. de privil. Scholar.* Helfric. Hunnius. *in tract. de privileg. Studioſorum, num. 26. &c.* duos Imperii meri gradus Academiis adimit, infimum concedit. Mihi ſententia Gentilis & Stephani verior videtur. Etenim *in d. auth.* ſancitum invenimus, ut nullus Iudex Scholarib. injuriam inferre præſumat, nec ob alterius cujuſcunque Provinciæ delictum, ſive debitum, &c. ſed ſi litem eis quiſpiam ſuper aliquo negotio movere voluerit, eos coram Domino loci, Magiſtro ſuo, vel ipſius Civitatis Epiſcopo conveniat, eiſque hanc juriſdictionem dat atque concedit Imperator. Ergò illa Magiſtris ſeu Rectoribus Scholarum conceſſa Iuriſdictio, etiam ad delicta criminaleſque

 perti-

pertinet cauſas, & ad totum Imperium Merum: quia ſimul ab omni offenſione & injuria aliorum Magiſtratuum, occaſione cujuſcunque delicti, eximuntur. Nam dùm Imperator omne adimit aliis Magiſtratibus Imperium in ſtudioſos, eo ipſo Rectoribus omnem juriſdictionem, tàm in delictis, quàm debitis largitur. Et ſcio in antiquis inſtrumentis, ante 300. 400. vel 500. annos confectis, ſub voce Juriſdictio, ac Judicium, omnem juriſdictionem, hohe und nidere Gericht/comprehendi. Non me movet, quod regerit Arumæus: ſub vocabulo juriſdictionis, propterea, jus gladii non venire, quòd optio datur Scholaribus, ut coram domino loci, vel Magiſtro, vel Epiſcopo Civitatis conveniantur. Epiſcopum autem, ſi ſanguinis ſit pœna irroganda, non poſſe judicare. *c. fin. ext. ne cleric. vel Monach.* Reſpondeo enim, optionem quidem ſtudioſis, ſed ita tamen, dari, ut illa optio ſecundum qualitatem & conditionem judicis, quem eligere velit, reguletur: & proindè, in cauſa capitali, non poterit eligere Epiſcopum, ſed vel Rectorem, vel magiſtratum loci. Vel dici poteſt, etiam in criminalibus eligere poſſe ſtudioſum, Epiſcopum: qui tamen illud judicium expediat non ipſe, ſed per ſuos judices ſeculares; vide Thom. Michaël. *d. juriſdict. th. 84.* qui *th. 96* illuſtri exemplo noſtram ſententiam confirmat. Sed hæc in fundationibus plerunque reſtringuntur: eſt enim liberum, beneficio ſuo legem dare.

Nunc, in quo exercitium meri Imperii conſiſtat, inſpiciendum erit. Hujus exercitii varii gradus conſtituuntur. Bart. ſex notans gradus, hoc eſt ordines & genera pœnarum, *l. necquicquam. 9. de offic. proconſ.* ab omnibus ferè neotericis reprobatur. Alii tres faciunt. Treutl. *h th. 5.* Scipio Gentil. *3. c. 6. &c.* Ad primum pertinere ajunt pœnas, quibus ultimo ſupplicio homines afficiuntur, quæ aliàs ſanguinis pœnæ vocantur, hoc eſt, vitæ important amiſſionem: Sanguis enim domicilium eſt ſpirituum, ſeu Eveſtri, ut Paracelſus loquitur, in quibus anima habitat. Hæc pœna etiam καθ' ἐξοχὴν capitalis vocatur, quòd tam naturale quàm civile adimat caput. Contigit olim hæc pœna cruce (hodie veneratione ſigni ſalutis noſtræ, ex Edicto Conſtantini, legitimarum pœnarum numero eſt ſubtracta, Lipſ. *tr. d. cruce)* furcâ, crematione, decollatione (ſive gladio ſive ſecuri.) aliiſque, de quibus Vultei. *in pr. Inſt. d. publ. Judic. num. 16. & ad l. 1. Cod. ubi*

cauſ.

cauſ.fiſcal. num. 24. &c. Matth. Steph. *h. 1. c. 8.* (2.) Gradus continet pœnas, reſpicientes tantùm caput civile, nec adimentes naturale; nempè libertatem, vel tantùm civitatem. Sic in opus publicum damnati retinent libertatem, amittunt civitatem; in metallum, vel in opus metalli damnati utrumq; perdunt. *l. ſunt quidam. 17. ff. de pœn.* Relegatio pœna capitalis non eſt, nec propriè exilium dicitur. *l. 2 d. publ. Judic. l. 2. d. pœnis. l. licet capitalis. 103. de V. S.* Undè & Ovid. ad Auguſtum:

Quippe relegatus, non exul dicor in illo.

Deportati verè exules ſunt, qui carent civitate, ideoque modo apolides, modo peregrini dici ſolent. *l. ſunt quidam. 17. ff. d. pœn. l. 1. C. d. hered. inſtitu. l. ſed ſi hac. d. in ius vocando.* Quamvis exilii appellatio, etiam pro relegatione interdum capiatur, quæ contingit ſalva civitate. *l. exilium. 5. de interd. & relegat.* Deportationem verò jus civitatis tollere, non eſt dubitandum, *§. 1. Inſtit. d. cap. minut. l. Amiſſione. 5. in pr. & fin. ff. eod.* Illud quæſtionis eſt: *an idem ſit affirmandum de libertate?* qua de quæſtione variæ ſunt opiniones, quas recenſet Vultei. *diſcept. Scholaſt. f. m. 109.* Libertas utique ſalva manet deportatis. *l. aut damnum. 8. §. eſt pœna. 4. cum ſeqq. l. ſunt quidam. 17. d. pœnis. §. 1. Inſt. d. capit. diminut. l. 2. C. ut nemo privatus.* Sed obſtat *l. cognitionum. 5.* ibi: *cùm libertas adimitur. de extraordin. cognit.* Quidam diſtinguunt inter libertatem juris Quiritum, & libertatem juris Gentium. Libertas juris Quiritum nihil aliud eſt, quàm jus Civitatis: unde pleniſſima libertas dicitur, ex qua competit Civitas Romana, quæ & juſta vocatur. *tit. Inſt. d. libertin. l. 1. §. ſin autem ſocius. 2. Cod. d. commun. ſervo manumiſſo.* Jac. Ræyardus, *3. var. 5.* levi correctione *l. cognitionum. 5. ff. d. extraord. cognit.* rem omnem expedire conatur. Sed mihi prior ſolutio magis arridet. Notandum autem hîc eſt, ſi vel in ſententia, vel Lege, capitalis pœnæ aut ſupplicii mentio fiat; tunc in dubio, non mortis, ſeu ſummi ultimivè ſupplicii pœnam, ſed ex medio hoc gradu aliquem locum habere, *l. ultimum. 21. d. pœn. l. præſenti. 4. C. d. his, qui ad Eccleſ. confug.* Clarus. *5. ſent. quæſt. 49.* Tertio gradui aſſignantur pœnæ, quæ magis ad exiſtimationem, quàm capitis periculum pertinent: quales ſunt Fuſtigatio, membri mutilatio, flagellatio, relegatio. *l. 2. §. 2. de publ. Judic. l. 2. l. ſi quis. 6. §. fin. de pœn.* Mutilationem oculorum permiſit Leo Philoſophus Imperator, *Novell. 29.* ei qui alte-

alterum occœcavit dolo malo. Poſteà apud Græcos adeò fuit ea pœna frequens, ut illa Imperatores, & alii Principes afficerentur, ab uſurpatoribus imperii. Quidam has pœnas graviores ad ſecundum gradum referunt; ſed minùs propriè: cùm per has pœnas, caput de civitate non eximatur. arg. *l. ſi quis 6. §. irritum. ſ. d. iniuſt. rupt. irrit.* & hi gradus non ex opinione, vel doloris gravitate, ſed natura & dignitate ſunt faciendi.

Sunt porrò nonnullæ pœnæ, quæ licet in criminalibus cauſis pro qualitate delicti infligantur, ſed cum mero atque mixto Imperio communes, & ad utrumque diverſo pertinent reſpectu: ſicque pecuniaria pœna, nunc meri Imperii eſt, nunc mixti. Quippe ſi quis damnatur principaliter ob delictum, ea pœna ad merum imperium pertinet, nemóque ejus infligendæ jus habet, cui non competit Imperium merum; quod nos docet *l. aliud fraus. 131. inf. de V. S.* ubi ita ſcribit JC. *Pœnam unuſquiſque irrogare poteſt, ſive ea capitalis ſive pecuniaria, cui huius criminis ſive delicti executio competit:* id eſt, quicunque merum Imperium habet. Sin autem pœna pecuniaria non principaliter, & propter certum aliquod crimen infligatur: ſed cauſâ juriſdictionis exequendæ, v. gr. adverſus contumaces, abſentes vel latitantes, hæc propriè dicitur Multa: competitque ejus infligendæ jus Magiſtratibus, licet non habeant Imperium merum. Et eſt tunc imperii mixti. *l. 2. §. fin. de Judic. d. l. aliud fraus. l. un. ſi quis ius dicent. non obtemperav.* Inde in delictis privatis, pœna impoſita, tum demum pertinet ad imperium merum, ſi criminaliter fuerit actum. Tunc autem criminaliter ob privatum delictum agi videtur, ſi v. gr. in cauſa injuriarum, petat accuſator non injuriæ æſtimationem, ſed pœnam corporalem, vel pecuniariam fiſco, ad vindictam non modò ſuam, ſed publicam, reo infligi, vel etiam, quando Iudicis arbitrio reum puniri exigit. Gail. *1. obſ. 65. num. 2. & lib. 1. de P. P. cap. 15. num. 24.* Cæddæ. *ad l. 17. num. 21. de V. S.* hocque reſpectu dicit Joh. Borcholten. *ad §. in ſumma. Inſtit. d. iniur.* Civile Judicium eſſe de re familiari; criminale, ultionem publicam ſuſtinere: & ita in criminali Judicio hoc potiſſimum ſpectatur, ut admiſſum, publicæ utilitatis cauſa, in exemplum vindicetur, tametſi ejus rei gratia pecuniaria pœna ſequatur. Duaren. *1. anniverſ. 35.* Cùm autem conceſſa juriſdictione vel Imperio, tacitè etiam omnia ea conceſſa intelligantur, ſine quibus

bus illa expediri non poſſunt. *l. 2. d. iuriſdict.* Indè rectè etiam præparatoria Judicii criminalis, tùm ipſa Judicatio criminis, ad merum Imperium ſpectabunt; puta inquiſitio; *l. congruit. 13. in pr. d. off. praeſ.* captura, incarceratio, Tortura. Quæ tamen omnia interdum ad mixtum Imperium, certo reſpectu referri poſſunt. Quamvis enim tortura regulariter in civilibus cauſis, adhiberi non poſſit, interdum tamen jure adhibetur: puta adverſus teſtes vilioris conditionis & vacillantes, quibus tortura injungitur pro jurejurando. *Novell. 90. d. teſtib. §. ſi verò ignoti. 1.* quod & obtinuit veteri jure. Quo caſu non abſurdè dicitur, mixti Imperii eſſe torturam: cùm ad tuendam & expediendam juriſdictionem conferatur, modicaque coërcitio videri poſſit, ob infamiam perſonæ & humilitatem. Tandem hic addo, Judicem non poſſe pœnam lege vel ſtatuto definitam, ſuo arbitratu mutare. *l. 1. §. quorum. 4. ad SC. Turpill. l. ordine. 15. in pr. ad Municipal. l. aliud fraus. 131. §. 1. d. V. S. l. ſervos. 8. C. ad l. Jul. de vi publ. l. 1. C. d. deſertorib. lib. 12. Nov. 82. c. 10* Non obſtant *l. quid ergò. 13. §. pœna. 7. ff. d. his qui not. infam. l. Perſpiciendum. 11. in pr. d. pœn.* ac *l. ordine. 15. ad municipal.* ex quibus locis manifeſtè apparet, quòd judex modò graviores, modò leviores quàm Leges præſcribunt, reis pœnas imponere queat: quod ita eſt intelligendum, ut Judex poſſit ex cauſa rationabili, ab ordinaria pœna recedere, & perpenſo judicio, omnibusque circumſtantiis, prout quælibet res poſtulat, ſtatuere. *l. Etſi. 3. C. ex quib. cauſ. infam. irrog. d. l. 11. ff. d. pœnis.* Indè in delictis, miſeratio interdum ætatis, ad mediocrem pœnam judicem producit; *l. Auxilium. 37. §. 1. d. minor.* & aliæ cauſæ generatim à JC. Saturnino, *in l. aut facta. 16. d. pœnis.* notatæ, & Tiraquell. *tr. d. pœnis.* latè explicatæ. Aliud eſt, quod Princeps interdum, vi abſolutæ poteſtatis, pœnam ex cauſa, quæ judici non ſufficiens eſſet, mitigare, condonare, & contra acrimoniam legum diſpenſare poteſt; ut in *tr. d. Maieſt.* ac item *in tr. d. pœnis* dixi.

4. *De Mixto Imperio.*

DE Imperio Mixto tractaturis primò dicendum erit: quid ſit imperium Mixtum; tùm in quo conſiſtat, quoſque gradus habeat, quomodo item, ac quibuſnam illud competat ex Legibus Juris noſtri Romani. Quamvis *in l. ult. §. 1. d. offic. eius, cui mandat. eſt Juriſdict.* Paulus JC. ita ſcribat: *Mandatâ Juriſdictione,*

etiam Imperium, quod non eſt merum, mandari videri; quia Juriſdictio ſine modica coërcitione nulla eſt: Attamen Imperium mixtum non rectè modica coercitione definitur. Ulpianus quippè *in l. Imperium. 3. h. t.* mixtum imperium, etiam in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere dicit, & eidem *in l. jubere 4. h. t. ac l. ea, quæ. 26. ad Municipal.* adſcribitur, jubere caveri Prætoriâ ſtipulatione. Indeque mixtum Imperium definiri poſſe puto: *Civilem juriſdictionem, quæ jubet, & inobedientes modicè coërcet.* Sicque mixtum Imperium non ſolùm poteſtas eſt modicæ coërcitionis; ſed & continet quodlibet civile Decretum, ſeu juſſum. *d. l. 3. l. 4. d. juriſdiction. d. l. ea quæ. 26. ad Municipal.* vide Vincent. Cabotium. *2. diſput. cap. 8.* Lyclam. *membranar. 5. eclog. 11.* Jubere præcipere eſt, & juſſus præceptum. *l. injuriarum. 13. §. 2. d. injur.* Sic jubet & præcipit Magiſtratus, cùm jubet caveri Prætoriâ ſtipulatione, judicio ſiſti, judicatum ſolvi: cùm jubet aliquem eſſe bonorũ poſſeſſorem. Modicè coërcet Magiſtratus, in Civilibus cauſis, quando in poſſeſſionem mittit actorem, ſi adverſarius non caveat, quem cavere juſſit; *d. l. 4. h. t. d. l. 26. §. 1. ad Municipal.* cùm pignora ob contumaciam capit, *§. penult. Inſtit. d. ſatiſd. tutor.* cùm contumacem pecunia, vel aliter multat. Juriſdictio, ut ſui natura ab Imperio eſt ſejuncta; ita nunquàm eſt ſine eo. Anton. Faber. *4. conjectur. cap. 4.* Fachinæ. *lib 13. cap. 13.* Lyclama, *membran. 4. eclog 18.* Ant. Matthæi, *diſput. Pandect. 2. th. 2.* Arumæus, *diſput. ad Leges præcip. 2. th. 1. quæſt. 2.* (qui ibi paucis pagellis, materiam juriſdictionis nervosè, & ſimul perſpicuè comprehendiſſe videtur) Cabotius. *2. diſputat. cap. 9.* Mixtum itidem Imperium non ideò adpellatur; quòd cum juriſdictione ſit confuſum: aut quod propriè ei inſit. Non enim ad unum aliquem ex octo illis modis, quibus aliquid alicui ineſſe, Ariſtoteles dicit, referri poteſt. Sed quòd juriſdictio Imperio ſit adnexa, illudque comitetur, & ab hoc excludi non poſſit. Veruntamen in hac mixtura Imperii & juriſdictionis, eminet Imperium & principaliter conſideratur: quia ſine eo juriſdictio vana & eluſoria eſſet. Undè etiam ab Imperio, tanquam principaliori, potiùs, quàm juriſdictione appellatur; non etiam juriſdictio mixta, contra Donellum. *17. cap. 7.* Scip. Gentil. *1. cap. 5.* Potiſſima hujus Imperii vis (ut jam anteà dixi) in decernendo, perſequendo jubendoque manifeſtatur; Puta, jubere rem ratam habere, ſolvi judicatum, judicio

Digitized by Google

cio ſiſti, opus, quod factum eſt, demoliri, bonorum dare poſſeſſionem, exequi ſententias latas, multare, in vincula conjicere non obtemperantes. Cum autem ea, quæ ad mixtum Imperium à Dd. paſſim referuntur, non uniformia exiſtant, & quædam majorem, quædam minorem vim, poteſtatemque ſapere videantur: indè varios conſtituerunt Imperii mixti gradus, vulgò Doctores; quidam maximum, medium, & minimum: quidam etiam plures, ut videre eſt apud Dn. D. Bocerum. *h. c. 4. num. 20. & ſeqq.* Ego duos tantùm animadverto gradus: Primum conſtituere puto ea, quæ magis Imperii ſunt, quàm juriſdictionis; ſecundum illa, quæ magis juriſdictionis ſunt, quàm Imperii. Undè Ulpianus dicit, jubere cavere prætoriâ ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere, Imperii magis eſſe, quàm juriſdictionis. E diverſo magis apparet juriſdictio, quàm Imperium, ſi Magiſtratus de re levi, extra ordinem, vel ſi de plano, non pro tribunali cognoſcat, vel ſi voluntariam, non contentioſam juriſdictionem exerceat. Competit porrò Imperium mixtum, vel jure Magiſtratus, vel lege ſpeciali. Et ita hûc pertinet poteſtas præbendi auctoritatem Tutoribus vel Curatoribus, alienantibus prædia minorum, *l. 1. ff. d. reb. eorum, qui ſub tutela vel cura, non alienand.* ipſiſque pupillis conſtituendi tutores. *l. Muto. 6. §. Tutoris datio. 2. ff. de tutel. iunct. §. ſed ex his lib. 3. d. Attil. Tutor.* Quamvis enim *in d. l. 6.* ita ſcribat Ulpianus: *Tutoris datio, neq; Imperii eſt, neq; iuriſdictionis, ſed ei ſoli competit. cui nominatim hoc dedit vel lex, vel SCtum vel Princeps.* Tamen juriſdictionalib. tutorum conſtitutionem aggregat idem Ulpian. *in l. 1. d. Iuriſd.* cùm ait: *Ius dicentis officium latiſſimum eſt, nam & bonorũ poſſeſſionem dare poteſt, & in poſſeſſionem mittere, pupillis non habentibus tutores conſtituere.* Quæ res mirè Interpretes torſit. Quidam tutoris dationem partem faciunt juriſdictionis; alii poteſtatem Tutoris conſtituendi, Imperio aggregant mixto, vid. Bronchorſt. 1. *ἐναντ. aſſert. 19.* Scip. Gentil. *d. iuriſdict. fol. 149. &c. ac fol. 160.* Arumæ. *diſput. ad leges præcip. 16. th. 2.* Lyclam. *4. cap. 16. & ult. cap. 11.* Dn. Bocer. *tr. d. iuriſdict. 1. num. 12. &c. ac cap. 3. num. 11. &c.* & alii laudati ab Hackelmanno. *1. illuſtr. th. ult. ad fin.* Donell. exindè conſtruxit quartam ſpeciem juriſdictionis, cujus ſit tutorem dare. Cujac. *in Novella quadam* dicit, jus dandi tutores non eſſe jurisdictionis, ſed eſſe legis. Nic. Bellonus, *ſupput. 1. cap. 2.* dicit, eſſe cujuſdam permiſſionis.

Nodum ſanè, ſi rectè res perpendatur, in ſcirpo quærere videntur. Non enim Ulpianus in *d.l.6.* ſimpliciter negat, tutoris dationem Imperii eſſe, vel juriſdictionis: inſpiciendus enim eſt ſcopus illius, de quo diſquirit ibi JC. non is opponit hæc duo, aliquid eſſe juriſdictionis, vel Imperii, & aliquid dari Lege ſpeciali. Hâc quippe ratione Imperium merum non Imperium eſſet, cùm non niſi lege ſpeciali detur: Mens potiùs Ulpiani fuit, Tutoris dationem non competere Magiſtratibus, jure Magiſtratus, ut aliæ pleræque cauſæ juriſdictionis, vel Imperii mixti, ſed competere ſpeciali conceſſione. Hæc enim duo rectè inter ſe opponuntur, maximeque differunt; jure Magiſtratus competere, & conceſſu legis ſpeciali deferri. *l. 1. d. offic. eius, &c.* Quamvis enim nulla juriſdictio, niſi lege & more Majorum Magiſtratibus competat. *l. more. 5. & l. ſeq. h. t.* quoſdam tamen actus Iuriſdictionales, ſpecialiter & nominatim, certo magiſtratui Lex defert: ideò, ne quilibet Magiſtratus earum cauſarum cognitionem ſibi uſurpet, & ne ab eo, cui ea delata, alteri mandari queant. Imperium mixtum Magiſtratibus competere, dubitationem non habere puto. De Magiſtratibus verò municipalibus controverſia eſt non levis. Sanè ea quæ tractantur de materia Imperii & juriſdictionis, ad Populum Romanum, non etiam Magiſtratus municipales ſpectare, ait Duaren. *c. 4 h.* Et ii in bonorum poſſeſſionem mittere non poſſunt. *l. ea, quæ. 26. ad Municipalem.* nec jus mulctæ illis conceditur. *l. Curator. 3. C. d. modo multar.* Magis enim Magiſtratuum municipalium, circa municipii adminiſtrandi curam, quàm in jure dicendo, omnis Iuriſdictio verſatur. *l. quid ergò. 13. l. Lucius. 21. in pr. ad Municipal.* Et nihilominus Magiſtratibus municipalibus Imperium non verear aliquod dare: Lyclama. *5. cap. 3.* quomodo enim alias Iuriſdictionem ſuam tueri poſſent? Sed id non æquè amplum eſt, ut Magiſtratuum Romanorum, ſed ut Vaudus ait. *1. var. quæſt. 22.* ſuis circumcluſum limitibus, imperfectum, & omninò pendens ex lege municipii: id eſt, ex eo pacto, quod iniit Reſpublica cum municipio illo, cùm, ſalvis quibuſdam privilegiis, in Romanorum venit poteſtatem. Jureque Romano municipales Magiſtratus communiter tueri potuerunt ſuam juriſdictionem, non quidem pœnali Iudicio, ſed pignorum captura. *l. quemadmodum. 29. §. Magiſtratus. 7. ff. ad l. Aquiliam.* Poſſunt & jubere caveri de damno infecto. *l. 1. l. dies. 4. in pr. d. dam.*

dam. infect. quæ Imperii magis ſunt quàm juriſdictionis. *l. iubere. 4. h. t.* & ideò indubitatè ad mixtum Imperium ſpectant.

5. *De Simplici Juriſdictione.*

DE juriſdictione ita in ſpecie dicta, nunc pro inſtituti ratione pauca ſunt dicenda. Eam definio: *iuriſdictionem, quæ conſiſtit in cognoſcendo de cauſis civilibus; pro quibus ſcil. prodita ſunt actiones civiles. l. Notionem. 99. de V. S. l. ait Prætor. 5. d. re iudic. l. Sapè. 8. & l. ſeq. de officioſ. Præſid.* Duaren. *h. cap. 2.* aut, *facultatem ſtatuendi in civilibus, ſine coërcitione.* Fachin. *lib. 13. cap. 4.* Hanc vulgò Dd. Iudicis officio mercenario expediri dicunt, & eo naturam hujus ſpecialis juriſdictionis aptiſſimè (quicquid alii ſentiant) explicare videntur. Sunt quidam, & inter eos præcipuè Dn. Obrechtus, *de Juriſd. cap. 1. num. 35. & diſput. de Juriſdict. theſ. 66. &c.* quem hac in parte etiam ſequitur Bocerus, *h. cap. 3. num. 4. & cap. 5. num. 1. & ſeq.* qui diſtinctionem illam, in officium Iudicis mercenarium & nobile, rejiciunt omninò: quibus accedere, & Scholam interpretum communem relinquere non poſſum; & cum ea voco *Mercenarium Judicis officium, quod per ſe non ſtat, ſed actioni deſervit, eique quaſi operam ſuam locat, & ceſſante actione, ipſum quoque ceſſat.* Mercenarium ergò eo intuitu vocatur, quod intra actionis cancellos eſt concluſum: non enim datur infinita Iudici licentia, reſpectu ſpecialis juriſdictionis, ſed illum formula (maximè olim) includit, & certos, quos non excedit, terminos ponit: ut ait Seneca, *3. de benefic. cap. 7.* Econtra *officium nobile eſt, quod per ſe ſtat, liberiuſque & proinde nobilius eſt, nec actioni deſervit, ſed à Magiſtratu ſuo officio, viquе Imperii cuiuſdam exercetur, etiamſi nulla actio proponatur.* Dd. *ad §. præterea. 31. Inſtitut. de action.* Weſemb. *ad rubr. tit. Inſtit. de offic. Judic. n. 2.* Et quamvis auctoritas juris hanc officii partitionem non agnoſcat, verbis diſertis: tamen non impedit, quò minus, ex mente legum, diviſiones docendi gratia facere poſſimus. Nec quippiam nobis obſtat, quod quidam dicunt, omnem juriſdictionem mercenariam poſſe dici, eò quod neceſſitas incumbat jus dicenti expedire omnem juriſdictionem: nam ut hoc concedo; ita & illud negari non poteſt, in quibuſdam minus coarctatum eſſe officium Iudicis, & ita conſequenter officium illud, intuitu objecti, ſeu nego-

 tiorum

tiorum, circa quæ verſatur, ſibi invicem comparatum; interdum magis nobile, interdum magis mercenarium eſſe. Hi verò, qui diſtinctionem hanc judicis officii rejiciunt, plerunque etiam duplicem hanc ſpecialem faciunt juriſdictionem: quarum una conſiſtat in cognoſcendo, & judicando cauſam actionis, inter duos pluresve controverſam: altera in cognoſcendo negotio, quod Imperii eſt mixti, vide Dn. D. Bocerum, *cap. 3. num. 6.* Poſitô verò, rectè fieri hoc; non tamen Mercenarii Iudicis officii, à nobili ſejunctionem infringit. Nam & Dd. cùm dicunt, mercenarium officium ad juriſdictionem ſpecialem pertinere, non intelligunt juriſdictionem, quatenus Imperio mixto ineſt, & cum eo unà, ſpeciem juriſdictionis conſtituit: nam hæc, quæ ineſt Imperio, juriſdictio, videtur (propriè loquendo) non ſpecialis juriſdictio eſſe: nam hac ratione pars unius ſpeciei, eſſet alterius ſpecies ſubalterna. Sed illa juriſdictio, quæ Imperio ineſt, eſt cognitio quædam cauſæ, aſſimilis juriſdictioni ſpeciali, actioni inſervienti.

Hîc porrò probè obſervandum, juriſdictionem & notionem, inter ſe, quàm plurimùm differre: Notionis enim verbo continetur juriſdictio, & de quavis alia cauſa notio, *l. aut Prætor. 5. in princ. de re iudic. l. notionem. 99. de V. S.* Unde ſi Magiſtratus judicem dat, non is juriſdictionem hanc ſpecialem; ſed cognitionem tantùm habet, *id eſt,* nudam negotii diſceptationem, ſeu notionem ſervilem. Et potuerunt, jure Romano, Magiſtratus vel ipſi de cauſa cognoſcere, vel Pedaneos Iudices (qui acceptâ formulâ, jurisque præſcriptô de facto judicarent) dare. Quod ultimum frequentius olim fieri ſolebat, etiam in caſibus Imperii meri, qua de re diverſa traduntur à Vaudo, *1. quæſt. 10.* Robert. *4. ſent. 22. & 23.* item Dn. Vulteio, *diſcept. Schol. 1.* Ego aſſentire non poſſum iis, qui dicunt; antiquis Romanorum moribus Magiſtratus ipſos, non niſi certarum cauſarum ac perſonarum favore, cognoſcere conſueviſſe: Imò non potuiſſe, quin potius pedaneos Iudices dare neceſſe habuiſſe. Potius puto, Prætori ſicut & cœteris Magiſtratibus judicare licuiſſe: ſed quoniam hoc illis liberum erat, vix judicare conſueviſſe, in paucis etiam jus dicere coactos fuiſſe. vide Cujac. *7. obſerv. 24.* Age perpendamus aliquot leges, quæ hanc in rem adferunrur: *in l. 1. in pr. de extraordinariis cogn.* dicitur: *Præſes Provinciæ de Mercedibus ius*

dicere

dicere ſolet: ſed Præceptoribus tantùm ſtudiorum liberalium. Quæ verba non evincunt, Præceptorum hoc in favorem fieri, ut ipſe Præſes cognoſcat: ſed nec Præſes ipſe, nec alius, de mercede earum perſonarum cognoſcere poſſe, quæ in eo tit. non comprehenduntur. *Lex ult. de offic. Prætor.* nihil facit; ubi dicitur: *Prætorem ipſum ſpecialem Judicem ſe dare non poſſe*, hoc eſt, non poteſt cognoſcere, ut Iudex ſpecialis, ubi non poteſt, ut Prætor. Non poteſt cognoſcere eo jure, quo ſpecialis, ſed cognoſcit de iis, de quibus ſpecialis Iudex cognoſcere poteſt. *Legem. 2. C. de Pedan. Judic.* ita intelligo, ut hæc conſtitutio prohibeat, ne poſthæc Præſides, ex levioribus & privatis cauſis, ſubterfugiant notiones cauſarum. Quæritur item: *An dandi Judicis poteſtas ſit iuriſdictionis?* vide Lyclamam, *4 membranar. cap. 17.* Ulpianus, *in l. 3. h. ad fin.* ita dicit: *Juriſdictio, eſt etiam Judicis dandi licentia.* Quidam licentiam judicis dandi, mixti Imperii eſſe docent: quidam textum corrigunt, & pro judicis dandi, legunt juris dicendi; Iuriſdictionemque juris dicendi eſſe licentiam dicunt, & varias adhuc alias correctiones hujus loci habet Robert. *4. ſent. 22.* Ego nihil in hoc Ulpiani reſponſo corrigendum eſſe autumo. Nec etiam Iuriſdictionem ſpecialem ibi definiri, puto. Idem eſt ac ſi diceret Ulpianus, juriſdictio (ſpecialis nimir.) non ſubſiſtit in ſola cauſarum notione, quam jure ſuo ſuſcipit Magiſtratus, ſed etiam ad hanc ſpectat licentia judicis dandi: licitum eſt enim, non coguntur magiſtratus, Pedaneum conſtituere judicem, ut dixi: ac cùm hoc faciunt, non Imperium, ſed juriſdictionem exercent. Ac quamvis multi ſint, qui hanc licentiam etiam mixto Imperio adſcribant, reſpectu juſsûs, quo jus dicens conſtituendo ſive dando Iudicem, jubet eum de cauſa actionis cognoſcere: Iuſſum enim illum mixti Imperii eſſe, dicunt. vid. Dn. D. Boc. *c. 3. n. 7.* Sed ego ita intelligo hîc Vlpianum, ac ſi hanc dubitandi rationem præviderit, &, eâ non obſtante, juriſdictioni ſpeciali adſcripſerit Iudicis dandi poteſtatem. Quamvis enim jubere judicare, omnisque juſſus, Imperii magis, quàm juriſdictionis eſſe videatur: cùm quippe juſſus omnis ex Imperii proveniat vigore. *l. iubere. 4. h. t. l. quod iuſſit. 14. de re iudic.* hoc tamen non obſtante Vlpianus dicit, juriſdictio eſt etiam judicis dandi licentia; id eſt, ad juriſdictionem pertinet judicis dandi facultas: non enim vigore Imperii datur Iudex, nec, cùm datur, cogitur judicare;

care; & ita in ipſa datione, nullo modo Imperium relucet, ſed tantùm juriſdicendi poteſtas. Non verò huic juriſdictioni, ſed mixto potiùs Imperio, Reſtitutionem in integrum aggregare poſſum. Quamvis Longovallus, Goveanus, & Ant. Faber. *4. conject. 4.* hoc velint. Namque Paulus JC. *in l. 26. ad Municipalem*, ea, quæ magis Imperii ſunt, quàm juriſdictionis, adimit municipalibus Magiſtratibus; & poſteà tanquam exemplum hujus enuntiati, *Magiſtratibus*, ait, *municipalibus, non permittitur in integrum reſtituere.* Et quamvis petitio reſtitutionis in integrum, actio alicubi dicatur: *l. non ſolùm. 39. §. eſt & caſus. 6. de procurat.* Donell. *21. comm. 4.* id tamen minùs propriè fit, ut circa hanc quæſtionem benè docet Dn. D. Bocerus. *3. h. num. 8. &c.* Ac ego plura dicam infrà, *in tit. de in integr. reſtitut.* Quomodo item juriſdictio ſit probanda, tradit Everhard. Speckh. *1. q. 91.* Veruntamen juriſdictionis materia magnam nunc variationem & latitudinem admittit: ferèque in totum hodiè alia eſt, ac qualis apud Romanos fuit. Sicque juriſdictio Saxonica alias admittit diviſiones, quàm quas illa in Corpore juris Iuſtinianeo deſcripta. Speckhan. *lib. 1. quæſt. 90.* Sicque aliter item, quam Romæ, in Friſia hodiè juriſdictio adminiſtratur. vid. Lyclam. *5. cap. 9.* Variæ hîc moveri poſſent practicæ quæſtiones: quas tamen præoccupavi, in aliis meis libellis. Sic & juriſdictione adverſus Regem præſcripta, *an id privativè vel cumulativè intelligatur*? Parladorius diſquirit. *rer. quotid. lib. 2. cap. 21.* Ac quia de juriſdictione ſubindè lites maximi momenti, in Germania ſuboriri ſolent: inprimis (ut ſemper, etiam aliis in cauſis) opera eſt danda, ut congrua actio, tam in petitorio, quam poſſeſſorio inſtituatur; qua de re inprimis conſuli poſſunt Johann. Meichſneri *Deciſiones*. Is enim actionem retinendæ poſſeſſionis, in materia juriſdictionis, deducit. *tom. 1. deciſ. 3.* Vtile uti poſſidetis interdictum. *deciſ. 7. tom. eod.* actiones poſſeſſorias & petitorias. *tom. 3. deciſ. ult.* ut & *tom. 4. deciſ. 10.* Quomodo autem merum Imperium probetur: quæ ejus pertinentiæ, de jure multas recipiendi, ac de probatione poſſeſſionis meri Imperii, tradit. *tom. 4. deciſ. 16.* Ac tandem, ſi Barones, ſeu eorum officiales, de ipſorum conſenſu, abutantur in ſuis Baroniis, juriſdictione; receptando potiùs, quam puniendo homicidas, latrones publicos, &c. quòd tunc poſſit Dominus ſuperior juriſdictionem dictarum Baroniarum adimere Baroni-

bus,

vel ſaltem ponere ſub Regio ſequeſtro, decidit Ludovic. à Peguera. *deciſ. 36.*

LIB. II. TIT. IV.
DE IN JUS VOCANDO.

6. *Quid in jus vocare, quid item ſit citare?*

IN jus vocare, *eſt Juris experiundi cauſa vocare, ad eum, qui praeſt iuriſdictioni. l. 1. ff. h. iuncto §. omnium. 3. Inſt. de pœn. temerè litig.* ſeu ad eum locum vocare, in quo jus dicitur. *l. pen. ff d. Juſt. & Jur.* Cœterùm vocatio hæcce, jure veteri Romano, ullo ſine apparitore, aut judicis præcepto fieri ſolebat: vocatus è veſtigio ſequi cogebatur: invitum reluctantem duci, rapi, trahi jus erat. Duaren. *1. diſp. 1.* Cujac. *10. obſ. 10.* Vultei. *diſput. Scholaſt. cap. 1.* Frid. Tileman. *diſp. 1. theſ. 3. vol. 1.* & addi omninò debet Speckh. *1. q. 56.* Cujus rei argumentum eſt, quod actio adverſus eos, qui in jus vocatos vi eximunt, id eſt, è manibus vocantis, vel ducentis auferunt, à Prætore proponitur. *l. 1. & l. ſed eximendi. 4. ff. ne quis eum, qui ius vocatus, &c.* Eam verò violentam tractionem, vadimonio promiſſo, effugere licebat; id eſt, ſatisdatione de judicio ſiſti; *l. ſi duo. 5. qui ſatiſd. cogant.* & inde titulus eſt, *in ius vocati ut eant, aut ſatiſdent.* Hoc jus ex Lege XII. Tab. procedit, cujus adhuc fragmenta extant: *Manûs iniectio eſto, in ius ducito.* Et alio loco: *Si calvitur, pedemve ſtruit, manum endo iacito.* Quod imitatus Lucilius: *Si non it, capito,* inquit, *eum, & ſi calvitur, endo iacito manum.* Calvere vel calvi, eſt morari, fruſtrari; hinc calvitas pro fruſtratione. *l. ſi fideiuſſor. 29. §. in omnibus. 5. ff. mandat.* inde etiam verſiculus vulgatus:

Si non vis calvi, fugias commercia calvi.

Sic & Germani dicunt adhuc hodie, kahler Kerls / pro homine levi. Pedem ſtruere, eſt fugam fingere, Plautus *in captiv.* Endo, jure antiquo pro injicere, dictum eſt. Marcilius & Rittershuſ. *ad Legem XII. Tab.* Verùm rectè Ioh. Vaudus, *2 var. 26.* obſervavit, in jus vocare malè à quibuſdam definiri, quod aliud nil ſit, quàm manu ad eum, qui præeſt juriſdictioni, trahere: putat namque Vaudus, incivile admodum eſſe, ab impreſſione ac violentia exordium capere judicia quæque. Ideoque in jus vocari interpretatur, voce cuiquam ſignificare, ut veniat ad Magiſtratum, juris expe-

experiundi cauſa. Et quippe tùm demum trahere aliquem licuit, ſi non voluerit ire, ſeu ſequi vocantem. Verùm & hoc ex Rittershuſ. *d. l. fol. 177.* eſt addendum, in jus vocantem, vocatum primò cepiſſe, & renuenti demum manum injeciſſe. Primò præhenſio facta eſt, dicis cauſa, quaſi per vim feſtuariam, ſive quotidianam. imaginariam & civilem; poſtea adhibebatur non jam amplius imaginaria, ſeu dicis cauſa adhibita vis, ſed, ut Ennius appellat, ſolida: errat enim Robertus, *3. ſent. 1.* & etiam Vaudus, ſi vim intolerabilem judicio ſedato repræſentari, eamque ideò à veteribus non approbatam putant, quando quis obtorto collo in jus rapiebatur. Etenim infinita ſunt tàm in jure noſtro, quàm alios apud auctores loca, quæ hoc adſtruunt evidenter. Et negat tamen hoc, niſi in vilibus perſonis Dn. Bachov. ad Treutl. *diſp. 4. th. 1.* Generaliter autem tituli omnes de in jus vocando, nil pertinent ad eos, qui ad judicem pedaneum, ſeu ad judicem datum vocantur, qui ſcil. juriſdictionem & tribunal non habet. Ad magiſtratum ergò rei vocabantur, ibique de jure experiebantur, hoc eſt, actio poſtulabatur, ac exceptio, & quodammodò agendi poteſtas dabatur, ac conceptio omnis futuri judicii conſtituebatur. Hincque in jure fieri, & fieri in judicio, ut diverſa ſeparantur. *l. 1. §. 1. de poſtul. l. quod ſi. 3. ff. ne quis eum, qui in ius &c.* unde etiam omne id, quod in jure fieri dicitur, apud Magiſtratum ſeu Prætorem, nunquam apud judicem, fieri dicendum eſt. *l. 6. in fin. de feriis. l. qui mutuam. 56. §. 1. mandati. l. poſt rem. 56. de re iudicat. t. t. de interrog. in iure fac.* Magiſtratus rariſſimè judicabant, plerumq; judicem dabant: Dandi enim judicem jus habebat Magiſtratus Romanus, ſecundum juriſdictionis ſuæ modum. *l. 2. §. 1. de iudic. l. à Divo Pio. 25. in pr. de re iudic. cum ſimil.* Verùm antequam judicem daret, de jure agendi conſtare neceſſe erat: an videlicet actio competeret, & ſi competeret, quomodo? Ergò apud Prætorem, vel alium Magiſtratum, cauſa ſummariè agebatur, atque adeò conjici ſolita erat in jure, & de jure: non de facto, quod Magiſtratus præſupponebat, credens narratis petentis. Quibus ita legitimè conſtitutis judicem dabat, in quem uterque litigantium conſenſiſſet, litigatoresque judicium accipere, & ſuſcipere dicebantur; *l. Si quis. 9. §. Labeo. 3. de dolo malo.* hoc eſt litem conteſtari, quod in jure ad ſellam Prætoris, & ad tribunal fieri ſolebat. Petr. Faber. *ad l. 27. in verb.* *priva-*

privatorum conventione. de R. I. Atque ita in litis conteſtatione jus deſinebat, & judicium incipiebat. Lis autem eſt de facto, non de jure. De facto namque ubi conſtat, jam jus eſt manifeſtum, quod utpote ſumitur ex facto. Ab hac in jus vocatione planè alia citatio erat, quæ nempe fiebat apud judicem datum, & non niſi judicis juſſu præeunte. Vultei. *diſcept. cap. 2.* Tileman. *d. diſputat. 5. th. 11. & ſeq.* Treutler. *diſput. 4. th. 1. vol. 1.* Quamvis & olim vox citationis generalius aliquantò uſurpata fuiſſe videatur; ut comprehenderit quemvis actum, quo quis ad eum vocatur, qui ut veniat, jubendi poteſtatem habet: ita ut ejus ſpecies extiterint duæ, una in jus vocatio, & altera citatio ſic in ſpecie dicta. In jus vocabatur, qui ita citabatur, ut de jure ſuo, id eſt, apud Magiſtratum, qui juriſdictioni præeſt, experiretur & quaſi diſceptaret. Vocabatur autem quandoque juſſu magiſtratus præeunte, interdum ſine illo Magiſtratus juſſu, non niſi per præconem, eaque tum citatio dicebatur: & frequenter hæc à Prætore; præſertim ubi dubia juriſdictio eſſet, petita fuit. arg. *l. ſi quis. 5. de iudic. l. 2. ſi quis in ius vocat.* Sine illo, ab ipſo, qui in jure acturus erat, quæ ſpecialiter in jus vocatio eſt. Ergo præco citare, acturus in jus vocare dicebatur. Et citationem porrò per præconem ſolitam fieri, non voce ſolùm præconis; *l. penult. de in integr. reſtit.* ſed & per ſcripturam factam fuiſſe, ex multis juris noſtri locis eſt manifeſtum. Robert. *3. ſentent. cap. 7.* literis ſcil. vel edictis. Paul. *5. ſent. titul. 5. §. trinis.* Edicta loco publico, unde legi poſſent, adfixa fuerunt, literæ verò ad reum ipſum tranſmiſſæ. Quomodo etiam differat citatio ab in jus vocatione antiquorum, abundè Ummius, *diſputat. 5. num. 17.* & Dn. Harppr. *ad §. omnium. Inſt. de pœna temer. litigant.* tradunt. Quæ hodiè omnia antiquata ſunt, nullâ omninò inter citationem & in jus vocationem differentiâ relictâ. Verùm citatio adeò neceſſaria reputatur, ut illâ omiſſâ, neque inſtitui, neque ad finem perduci judicium poſſit, ſine potentiſſimo vitio nullitatis: reſpicere enim defenſionem ajunt, quæ eſt juris naturalis. Vnde porrò tradunt, non poſſe citationem omittere, vel alias defenſiones removere judicem, quamvis is liberam & omninò abſolutam habeat poteſtatem. Namque plenaria poteſtas non ejus efficaciæ eſt, ut facere poſſit, quod bonis moribus ſit interdictum. *l. ſi à milit. 29. §. edictum. 2. de milit. teſtam.* Vantius, *tit. de null. ex defect. citationis. num. 3. ac 4.*

 Quin

Quin ajunt, hàc quoque ſolemnitate Deum omnipotentem uti voluiſſe, priuſquam Adam primum hominem, & mala Sodomæ vindicaret: non quod aliquid ſibi abſconditum foret, ſed ut judicibus ſeculi in ſententiis præreferendis exemplum daret. *c. Deus omnipotens.2.q.1. c. qualiter.17. ext. de accuſ.* Sicque meritò Dd. tradunt, citationem nullo modo in quolibet actu judiciario, cognitionemque deſiderante, Pfeil. *conſil.158.* etiam à ſummo Principe omitti, tollivé debere, aut poſſe. Gail. *1. obſ.48. à princ.* Abſens enim & indefenſus puniretur, vel ſententiâ gravaretur, quod omnia deteſtantur utriuſque fori & vitæ jura, niſi in contumaci. Crebrius tamen placuit, ſi talis ſit abſens, qui etſi præſens eſſet, neque actum impedire, neque ipſi contradicere poſſet, jure talem non citari. arg. *l. ergò quamdiu. 4. §. illud videamus. 3. l. ſi eum. 28. in princ. de fideicom. libert.* Ita poſſeſſio, non citato poſſeſſore, data confirmari debet; ſi adpareat, eum, quamvis à principio citatus fuiſſet, nihil, ad eam impediendam, juris habere. Parlador. *2. rer. quotid. c.6.* Sicque quod dicunt, Principem, ex majeſtatis jure, poſſe delinquentem à ſe certiſſimè cognitum, ſine citatione & aliis ſimilibus damnare, licereque ei incipere ab executione Morla. *in Empor. t. 2. quæſt. 2.* hoc non exercere poteſt jus, niſi cùm talis ſit delinquens, cum quo, propter potentiam, ordinario jure experiri non potuerit majeſtatem habens, argum. traditor. ab Vmmio, *diſp.5.n.23.* Quâ ratione excuſari poteſt Guiſii mors, ab Henrici III. Galliæ Regis ſtipatoribus prius confoſſi, quàm is, ſe Regis gratiam amiſiſſe, ſciret. Et ſic nuper quoque Anchoræ Marchio, ſclopeto ictus, interiit. Ad quæ violenta remedia Princeps ullus nunquam pervenire debet, niſi in caſu extremæ neceſſitatis: vel hanc ob cauſam, ne tam enormibus peccatoribus adimat ſpatium pœnitendi, & juſtitiam ſententiamque ſuam tyrannidis alicujus reddat ſuſpectam. Quod & attigi *in tract. de appellat. cap. 2. num. 18. fol. 68. & ſeq.* Hic & illud addo, citatum zu früher Tagzeit/ poſt meridiem comparentem, non pro contumace habendum: ſed tamen mulcta aliqua pecuniaria plecti poſſe. Arumæus, *lib. 1. deciſ. 11.*

7. *An hodie impetratio veniæ neceſſaria adhuc, & quibus neceſſaria?*

QVædam ſunt perſonæ, quæ injuſſu Magiſtratus ſeu abſque venia

venia Prætoris, in jus vocari non poſſunt: *l. quiá litigandi. 4. §. 1. h. t.* quales ſunt noſtri parentes, patroni, horumque liberi atque parentes. Gravis eſt quæſtio, *An hæc impetratio veniæ adhuc neceſſaria ſit: An verò ab eo iure hodie ſit receſſum?* Id quod Niellius, *diſput. feud. 10. th. 4. lit. b.* & Fachinæus *10. controverſ. 87.* negant. Hocque jus adhuc durare dicunt: quemadmodum etiam ſentiunt Camerales. Hartm. Hartman. *2. obſ. 1. d. feud. cap. 45.* Ajunt illi: Quamvis hodiè quempiam obtorto collo amplius in jus rapere non liceat, & ita ceſſante cauſa, jus ipſum ceſſare videatur; propterea tamen hoc edictum obſervari debere, eò quòd, non tam propter violentiam illam, veniæ petitione fuerit opus, quàm ne ejuſmodi perſonæ famoſis actionibus temere pulſentur; *l. ſed ſi. 10. §. Prætor. 12. l. ſin autem. 11. h. t.* & quia contra honeſtatem eſſe videtur, aliquo judicio eos inquietare, quibus reverentiam, venerationem atque obſequium debemus. Ac benè perpendit Schæfferus, *part. 1. quæſt. 25. num. 8. &c.* morem iſtum antiquum, de rapiendo verius, quam in jus ducendo, Valent. & Theodoſii temporibus, fuiſſe ſublatum, per *l. neminem. 3. C. d. exhib. reis.* Sicq; non reſpexiſſe videntur Pandectarum compoſitores ad veterem & jam tùm antiquatum in jus rapiendi morem: quanquam non diffitear, moris illius antiqui veſtigia quædam, incuriâ Triboniani, Pandectis inſerta eſſe. Quæ ratio cùm militet adhuc hodiè paſſim & indiſtinctè; demùm veniâ prius imperatâ, parentes & ſimiles in jus vocari poſſe, exiſtimatur. Nam & aliâs commune axioma eſt, ſi quid ob plures rationes ſit introductum, non propterea jus illud ceſſare; ſi una ratio ceſſet. Verùm adhuc inſtare licet, hodiè ſolùm Magiſtratum citare, & quidem cauſæ quâdam præviâ cognitione. Reſpondent vulgò: cognitionem illam totam eſſe de actionis qualitate, utrum intentio actoris fundata ſit nec ne: imò nec hoc in multis judiciis perpendi, ſed periculo partis citationes decerni; hocque non ſe extendere ad id, ut inquiratur, contra quam perſonam agatur, & quod actionis genus intentandum veniat: ut ne ſic quidem illa veniæ petitio aboleri poſſit. Sed ſi id quod res eſt, dicere velimus, vix hæc reſponſio poterit tueri locum: etenim quomodo quæſo de actionis cognoſcet qualitate judex, antequam citationem decernat, ſi non inquirat ſimul, contra quam perſonam, quodque actionis genus intentatum ſit: ita ut judex permittens citationem ſimul veniam dare

videatur, in jus vocandi. Unde à communi opinione non ſolùm Cujac. *10. obſ. 10.* ac Ant. Faber. *in rational. ad l. 2. h.* recedunt, ſed & Zangerus *2. d. except. 9. num. 9.* in contradictorio judicio, pro hac ſententia judicatum fuiſſe dicit. Nam ſanè olim vocatio illa violenta fuit; undè etiam nemo potuit de domo ſua vocari. *l. plerique. 18. h. t.* aſt hodiè nemo dixerit, quod cui nequeat citatio inſinuari in domo ſua: adeò differt vocatio à citatione. Attamen ne in hoſce opinionum labyrinthos incidamus, cautela hac utiquimus, ut ſemper, cùm à judice petimus citationem, vel loco ſuperfluæ cautionis, quæ nunquam nocet, ſimul veniam petamus, ſi id ratio Perſonæ, contra quam expetimus citationem, requirat; quod & placet Schæffero, *dict. loc. ad fin.* Etiam id eſt controverſum: *An nomine Parentum, itidem & Noverca comprehendatur, & ea ſine venia in ius vocari non poſſit?* id quod multi dicunt, eamque ſub vocabulo Parentum, *in l. quique litigandi. 4. §. 1. h. t.* comprehendi putant: & quia reverentia ei debetur, ideò hoc Edictum locum habere videtur. *l. generaliter. 13. h. t.* Peti etiam poteſt ratio ex jure naturæ: quia Noverca eſt una perſona cum Marito, qui noſter Pater. Sed hæc deciſio impugnatur à Fachinæo, *10. controverſ. 88.* & in cauſa Vitrici reſpondet Pruckman. *conſil. 42. num. 17. tom. 1.* eum ſine venia in jus vocari poſſe. Ratio eſt, quia JC. Ulpian. *in. l. 1. in fin. ff de poſtul.* ſejungit perſonas quaſdam *ad tit. d. in ius vocand.* pertinentes, ab aliis, quæ pro certis tantummodo perſonis poſtulare queunt: & inter has perſonas, quæ non pertinent *ad tit. d. in ius vocand.* recenſet etiam Vitricum, ac Novercam (2.) Vitricus & Noverca actione famoſa conveniri queunt. *l. ſi nondum. 3. C. d. furt.* Ergò etiam ſine venia poterunt vocari in jus, à majori ad minus affirmativè concludendo. (3.) Etiam facere videtur *l. Adoptivum. 8. in pr. h. t.* ubi reſpondet Ulpianus, adoptivum Patrem in jus vocari non poſſe, magis poteſtatis, quam præcepto Prætoris; cùm ergo Noverca neque Edicto comprehendatur, nec jus poteſtatis habeat, quid ni ea ſine venia in jus vocari poſſit? Sed ego diſtinguerem, an Pater aut Mater naturalis adhuc vivat, vel non. Priori caſu puto ceſſare vocationem; poſteriori fieri poſſe. Conſule hac de re Coſtalium, *ad l. 3. ff. d. his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Alciat. *in l. 1. C. d. in ius vocand.* Cacheran. Oſaſc. *deciſ. Pedemontan. 31.* Soarez. *in theſaur. recept. opin. lit. N. num. 65.* *Quid verò hac in parte, de Socero*

iuris

iuris ſit? diſquirit Roſacorb. *practic. forens. cap. 49.* *De Praeceptoribus* agit Speckhan. *1. q. 54.* *De parentibus inſtricis*, idem. *lib. eod. quaſt. 52.*

Vaſallus an hâc in parte liberto æquiparetur, dubium eſt? Ita ſanè cenſent multi; ſed nituntur tantùm argumento ductoà liberto ad Vaſallum: ex qua æquiparatione multa infert Everhard. *loc. 59.* Verùm hanc comparationem non valere, nec perpetuam eſſe, nec juri conformem, facilè probari poteſt. Mynſing. *5. obſerv. 91.* Eſt namque libertus multò magis obſtrictus patrono, à quo libertatem, rem inæſtimabilem accepit; *l. Libertas. 122. ff. d. Reg. Jur.* quàm Domino Vaſallus, à quo feudum accepit. Indè inter Dominum & Vaſallum reciproca obligatio eſt, *II. F. 6. §. ult. d form. fidelit.* ita ut dicant Vaſallum etiam deprædari Dominum poſſe, ſi ab ipſo ſpoliatus aliter jus ſuum conſequi Vaſallus non valeat. *II. F. 22. verſ. ſi verò Vaſallus. fin.* quin & cauſæ ſunt, propter quas Dominus ſuâ privatur proprietate. *II. Feud. 26. §. antepenult.* Quamvis quidam putent, hanc opinionem poſſe diſtinctione conciliari, an de fundo feudali, vel de alia re controverſia ſit. Addit Mynſing. *d. cent. obſerv. 92.* & aliam diſtinctionem, de qua vid. Ummium. *diſput. 5. n. 36.* Sed cum pœnalia non ſint extendenda, maneo in ſententia negativa; & pluribus hac de re agit Dn. Bocer. *d. iure Domini. f. 82.* Clarus. *in §. Feudum. quaſt. 55.* Botcholt. *d. feud. cap. 10. num. 38.* Eberh. Speckhan. *1. quaſtion. 55.* Si quæ inter Dominum & ſubditum controverſiæ exiſtant, ſubditis adverſus Dominum jure experiri permittitur. *l. Prætor. 7. §. præterea 2. d. iniur.* Mindan. *d. proceſſ. 1. cap. 13. num. 1.* Quin ait Rolandus à Valle, *conſil. 17. num. 28.* Subditos congregationem facere poſſe, etiam ſine Ordinarii conſenſu, ad Collectam indicendam, pro lite, quam cum Domino habent; quod intelligo de eo caſu, ubi Dominus ſuperiorem habet: at ſi Dominus ſit abſolutus, tùm res altiorem requirit indaginem, quàm quæ capiatur hiſce pagellis. Sed tamen etiam adverſus Dominum, coram ſuperiori cùm litigatur, multa hæc lis ſingularia habet: Temperandnm ab actionibus famoſis, & licet ex ex neceſſitate inſtituendæ veniant, qualitate negotii ita ferente; temperanda eſt narratio & concluſio civilibus verbis. Nicol. Everhard. ſun. *conſil. 1. num. 124. vol. 1.* Sed *Annè vocari poteſt in iuſſine venia?* Et ſanè videtur veniam neceſſariam eſſe: cùm ſubditus

difficultatis. Verùm argumentantur porrò, qui citari præſentem non volunt, ex *l. etiamſi Patre 29. §. 2. d. minorib.* ibi: *nemine de Creditoribus Paternis præſente, vel ad agendum à Præſide vocato.* Similis eſt textus in *authent. ſi omnes. C. ſi minor ab hered. ſe abſtineat.* Sed facti ſpecies ibi proponitur talis, ubi ſcientia & taciturnitas ſufficit, quo in caſu præſentem eſſe, ſatis eſt; nec opus erit citatione: quidni enim præſentia ſatis ſit, ſi nil præter ſcientiam & taciturnitatem requiritur? Cæphallos, *tom. 3. quaſt. 808. num. 20. &c.* Notant etiam Dd. ad aliam cauſam evocatum, cogi in alia reſpondere, ſi tantùm de articulo quodam cauſæ leviori agatur, v. g. ut ſententiam audiat, cùm anteà in cauſa eſſet concluſum, ut teſtes jurare videat. &c. Dn. Bachov. ad Treutler. *diſputat. 4. theſ. 3. lit. D. in fin.*

TIT. VIII.
QVI SATISDARE COGANTVR.

9. *Satiſdatio judicio ſiſti, an fidejuſſoris dationem requirat?*

CAutiones in jure variæ ac multiplices ſunt. Namque heres legatariis, ac fideicommiſſariis, *tot. tit. ut legator. ſervand. cauſ.* Vſufructuarius Domino, *t. t. Uſufructuar. quemadmodum caveat.* cautionem præſtat. Eſt etiam cautio damni infecti, *tot. tit. de damno infect.* Sunt & cautiones, quas ſibi invicem præſtant litigatores, adhoc præcipuè inventæ, ut præſtent adverſarium ſecurum, tùm ne judicia fruſtratoria atque inania eſſent. Actor promittit & cavet, ſe ad finem uſque litis judicium proſequi velle, ac, ſi convictus fuerit, injuſtè moviſſe litem, tùm decimam partem litis reo præſtiturum. *Novell. 112. cap. 2.* quâ conſtitutione quodammodo revocavit noſter Imperator veterem temerè litigantium pœnam: de qua in *§. 1. verb hac a. Inſtit. de pæn. temer. litig.* Aliarum etiam rerum cauſa, actor ſatiſdat, *Novell. 53. in pr. & Nov. 96. c. 1.* quæ omnes moribus noſtris ignorantur, & ubique ferè locorum, non niſi, ſe damna & ſumptus litis, ſi cauſa cadat, reſtiturum, cavere cogitur Actor. Reus promittit de judicio ſiſti, *t. tit. ff. in ius vocati ut eant.* & ſe in judicio affuturum tempore ſententiæ reddendæ, *§. ſi verò. 4. inf. Inſtit. d. ſatiſdat.* qua de re latè agit Maranta, *in ſuo ſpecul. part. 6. membr. 8.* Illud video contro-

Digitized by Google

verſum eſſe, *quæ idonea cautio reputetur?* Cautio enim duplex eſt: nuda atque ſimplex, alia idonea vel ſufficiens, *l. ſancimus. 3. C. d. verb. ſign.* Idonea vel ſufficiens reputatur, in qua pignus vel fidejuſſor datur, *l. ſi mandato. 59. §. ult. ff. mandat.* Et quidem, ubi cautio idonea exigitur, regulariter ei, qui cavere debet, alterutrius optio datur. *l. Promiſſor. 21. §. 2. d. conſt. pecun.* Sanè hoc certum eſt in contractibus, ac ideò qui fidejuſſorem dare convenit, in aliquo contractu, dando pignora liberatur; *l. ſi mandatu 59. in fin. ff. mandati.* cùm pleniſſima cautio ſit pigneratitia, tutiuſque videatur incumbere rei, quam perſonæ. *l. plus cautionis. 25.* ubi Decius. *ff. d. Regul. Jur. §. unde. 14. Inſtit. d. obligat. quæ ex delict.* De Cautionibus judicialibus verò, aliter ſe res habere videtur. Sicque *in l. prætoriæ. 7. de Prætor. ſtipulat.* reſpondet JC. non liberari quem, dando pignus; ſed dando fidejuſſorem. Sic & ſatiſdationẽ judicio ſiſti, fidejuſſoris requirere dationem, textus eſt in *l. 1. & l. quoties. 6. qui ſatiſd. cogantur.* Bronchorſt. *1. ἐναντ. cap. 25.* Pacius. *1. antinom. quæſt. 69.* Solemnes enim eſſe debent ejuſmodi cautiones, formamque accipiunt à Prætore, cui nil addere, vel detrahere licet. Hincque ſatiſdatio ſpecies eſt cautionis, quæ aliis ſpeciebus, pignoris nempè dationi, opponitur. *l. 1. §. jubet autem. 9. d. collat. bonor. l. Ergo. 4. §. addici. 8. d. fideicommiſſ. libert.* Ratio eſt, quod cùm immobilium poſſeſſores non ſatiſdent, & Prætoriæ cautiones ut plurimum ſuper eo, quod intereſt, quod nullam certam æſtimationem habet, interponantur; minimè pignora (utpote quæ acqualia deponenda eſſent, ſciri non poteſt) ſed fidejuſſores dari voluit Prætor; cùm etiam pignora multis caſibus obnoxia ſint, & tædioſam cuſtodiam requirant. Caſtrens. *in l. 5. h. tit.* Bachovius & Treutler. *diſput. 5. th. 2. lit. a.* Hoc autem jus non mutatum eſſe jure Novellarum, vel ex eo patet; quia ex *Novell. 53. cap. 2. & 3. §. 2. Novell. 112. cap. 2.* adhuc ſatiſdationem non aliter, niſi fidejuſſoribus fieri poſſe, ſatis colligi poteſt. Ummius, *diſput. ad Proceſſ. 9. num. 3. & 18.* Treutler. *dict. diſput. 5. th. 2. lit. a.* Quodque Menochius, *caſ. 42. num. 3.* Gail. *d. arreſt. cap. 3. n. 4. & ſeq.* Zanger. *d. exceptionib. 2. except. 21. num. 17.* tradunt, in arbitrio Actoris eſſe, utrùm fidejuſſoribus, an pignoribus cavere velit: hoc accipio de conſuetudine univerſali, qua hodiè ubique ferè locorum, ſcrupuloſa hæc per fidejuſſores ſatiſdandi neceſſitas deſueta videtur. Et hoc inſuper eſt notandum, ſatiſdationem

onem calumnioſam non eſſe præſtandam. Moller. *1. ſemeſtr. quæſt. 2.* Satiſdationem item ſemel præſtitam repeti non poſſe. Pfeil. *conſ. 159.* Nec fidejuſſionem de judicio ſiſti, extendi ad aliam inſtantiam, quàm de qua verba fidejuſſionis concepta ſenſerunt. vid. Pegueram, *deciſ. 169.* Conſule etiam Meichſner. *tom. 3. deciſ. 15.* de cautione multis differentem.

TIT. XII. DE FERIIS.

10. *Quatenus diebus feriatis procedi queat?*

FErias vocant, *dies vacuos ab actibus judicialibus*, unde eas quaſi foerias dictas putat Hoſtiens. *in ſumma. à pr. de feriis.* eò quod præſtent vacationem ab his, quæ in foro agi conſueverunt. Licet eas rectius ab hoſtiis ferendis derivet Damhuder. *in prax. civil. c. 119. num 3.* Ex in duplici differentia reperiuntur (de definitione & diviſione Feriarum, vid. Speckhan. *1. quæſt. 61.*) vel enim ſunt ſolemnes & perpetuæ: vel extraordinariæ, & temporales. Solemnes ſunt ob cultum divinum inſtitutæ, *l. 2. l. omnes. 6. l. ult. C. d. feriis. c. ult. eod.* Quæ autem hodiè, juxta Imperiales conſtitutiones noviſſimas, dies feſti cenſeantur, refert ex Memoriali Viſitatorum, Denaiſ. *in iure Cameral. t. 140. §. 1. & ſqq.* Solemnes item habentur feriæ, meſſis & vindemiarum tempora. *l. 1. h. t.* Extraordinariæ feriæ variæ ſunt, neque ad numerum referri poſſe cenſentur; ac quomodo ſubitò naſcuntur, ita ſubitò intermoriuntur. In omnibus, actus juriſdictionis contentioſæ expediri non debent: ſed tamen diverſimodè: namque ob ferias in honorem Dei inſtitutas, etiam Princeps vel Papa jus dicere, ſine vitio nullitatis, nequit. Sanè Principem, ferias ob honorem Dei, à Pontifice vel Eccleſia inductas deſtruere, ſeu tollere non poſſe, in terminis docuit Lanfrancus. *d. dilat. n. 9.* ubi etiam tradit, nec Papam de ordinaria poteſtate hoc facere poſſe. Imò nec Papa vel ulla poteſtas in mundo mutare vel violare poteſt Sabbathum ab ipſo Deo inſtitutum. Quod verò is dies nunc in Dominicam translatus fuit ab Eccleſia primitiva, hoc habet maximam rationem ex myſtica Theologia. Hinc Covarruvias, *4. variar. cap. 19. num. 5.* docet, ejuſmodi feſta moralia eſſe, & juris

naturalis, omnemque reſpuere humanam diſpenſationem. Ceſſet ideoque illis in diebus feſtis citationis executio. Non enim ſolummodò in diebus feſtis, nec etiam apud arbitros, ulla eſt cognitio jurgiorum. *l. omnes. 7. Cod. d. feriis.* Sed & à cunctis executionibus excuſantur partes, nulla quenquam admonitio urgere, Præconis horrida vox ſilere debet, *l. ult. C. d. tit.* Sic & diebus feriatis haut licitum eſt, in criminalibus procedere, vel ſententiam proferre, Ludovicus à Peguera, *deciſ. 53.* Vnde Gailius *1. obſerv. 53. in pr.* errare videtur, qui ait, citationem tantùm non valere ad diem feriatam, ſed in die feriata fieri poſſe: ideoque rectè Wurmſerus, *tit. 6. obſerv. 4.* diſſentit. Ac in *c. cum delicti. de dolo.* citatur aliquis ad diem Dominicam; ſed intelligitur proxima Iuridica. Nam quamvis executio citationis ſit facti, & per nuncium, aut per literas fieri poſſit, nec ullam cognitionem requirat; non tamen videtur pars arctanda ad acceptandam citationem, in die feriata: cùm jus vocem Præconis (& ita etiam quæ huic ſimilia) jubeat ſilere. Vnde etiam Græveus, *1. concluſ. 53. conſid. 1.* à Gailio diſſentit & ſcribit; Citationem in die in honorem Dei feriato factam nec hoc virium habere, ut ad diem non feriatam teneatur citatus comparere: eò quòd id, quòd nullum eſt, nullum producat effectum.

Ceſſat porrò in die feriata, præſertim ad honorem Dei introducta, Sacramenti præſtatio. *c. 1. c. decrevit. 22. q. 5.* Non admittitur prætereà ad diem feſtum executio, tam rei judicatæ, quam pœnæ corporalis infligendæ. *l. omnes. 7. & l. ultim. Cod. h.* Hoſtienſis, *in Summa, num. 4 de feriis.* Guido Papæ, *deciſ. 215.* Lanfrancus, *in practica, cap. 1. num. 19.* Tantummodo, quæ nullam exigunt cauſæ cognitionem, & quæ merè facti ſunt, illis diebus expediri queunt. Menoch. *arbitrar. quæſt. 30. n. 4.* Hinc appellatio rectè interponitur. *l. 1. C. h.* Lanfrancus, *ad c. quoniam. 10. num. 54. extra de probation.* Teſtes, qui die non feriata jurarunt, die Dominica examinari queunt; maximè, ſi, propter anguſtiam dilationum, res non pati videatur moram. Dn. Rutger. Ruland. *2. de Commiſſar. 2. c. 13. num. 1.* Expediri item queunt actus voluntariæ juriſdictionis, *l. 2. C. h.* Licet Teſtamenta facere, conficere inſtrumenta ſuper contractibus, &c.

Et differunt cumprimis feriæ in honorem Dei inductæ, ab aliis: quòd ſententia lata diebus feriatis (niſi cultui Divino ſint deſti-

deſtinatæ) per conſenſum litigatorum valida reddatur: unde frequens eſt, ut feriis renuncient partes, quod dicit Vlpianus, *l. 1. §. 1. h.* ita ſcribens: *Siquidem ſententiam dixerit Prætor, præſentibus partibus ad diem feriatam citatis, ſponteque venientibus, ſententia valebit; tametſi non rectè fecerit, quod eos evocârit. Sin verò, cùm abeſſe perſeveraverint, ſententiam protulerit, etiam abſentibus illis, conſequens erit dicere, ſententiam nullius eſſe momenti.* Quod idem reperitur *in l. ſi feriatis. 6. ff. h.* cùm enim juri pro ſe introducto quilibet renunciare queat; quidni etiam hoc in caſu, ubi ſcil. propter meſſem aut vindemiam, nempe ut cives in laboribus illis non impediantur, idem fieri poſſit? Hæcque renunciatio non ejus eſt momenti, ut valeat ſententia pronunciata diebus in honorem Dei, vel aliam publicam ob cauſam, non privatam ob commoditatem feriato: ubi conſenſus partium publico juri vel honeſtati non præjudicare poteſt. Et feriæ ob res publicas proſperè geſtas, aut aliam publicam gratulationem, ab ipſo Principe, Majeſtatem habente, indictæ, ut in *l. à nullo. 3. C. h. l. ſed & . 26. §. 6 feria. 7. ex quibus cauſis maior.* Divinis æquiparantur: cùm jus publicum & Divinum pari ferè ambulent paſſu. Vantius, *de nullit. ex defect. iuriſdict. num. 129. & ſeq.* & ſolemnibus feriis ideoque renunciari nequit. *cap. 1. extr. h.* Menoch. *1. arbitr. quaſt. 30. num. 3. & paſſim.* Et hoc item dicerem, feriis minus ſolemnibus, id eſt, non divino præcepto introductis, renunciari non poſſe, quamvis hoc velit Græve. *concluſ. 5. conſid. 2. num. 10.* cùm lege ſint inſtitutæ civili vel Eccleſiaſticâ, quam nec privato violare licet. Graviter obſtare videtur noſtro enunciato, quo dicimus: partes haud cogi die feriatâ litigare, etiamſi judex velit, id, quod reſpondet Ulpianus in *l. ſi feriatis. 36. de arbitr. Si feriatis diebus, cogente Prætore, arbiter ſententiam dicat, & petatur ex compromiſſo pœna, exceptionem* nullitatis *locum non habere, niſi aliqua lege, eadem dies feriata, in qua ſententia dicta eſt, ſit excepta.* Senſus eſt, poſſe ſententiam arbitrum dicere, eamque valere, ſi magiſtratûs intercesſerit auctoritas, niſi illa dies ita feriata ſit, ut lege prohibitũ inveniatur, in ea litigare: quales ſunt feriæ divinæ, vel lætitiæ & pompæ publicæ. Verùm adhuc expeditum manet, partes non cogi lites tractare, ullâ die feriatâ: & hoc, quod dicit Ulpianus, intelligendum eſt tali in caſu, ubi forſan dies compromiſſi eſſet præterlapſura, vel partes compromittentes

velint, ut arbiter ſententiam dicat. Non enim loquitur oppoſita lex de coactis partibus, ſed coacto arbitro. vide Bronchorſt. *ἐναντιοφ. 27.* Quod ſi igitur, parte etiam alterutrâ invitâ, aliquid ſtatuat judex, id ipſo jure nullum erit. Sed, *Anne partium ratihabitione, ſeu ſubſecuto conſenſu, validari poteſt?* Ita quidem eruditiſſimus Vaſquius cenſet. *illuſtr. 27. num. 3.* id quod & mihi verum videtur: cùm ratihabitio retrohatur, & interſit ſententias valere: ac, ſi hic actus, ut ſententia, non valeret; valeret tamen ut pactum, Iaffred. *deciſ. 313.* Quin communiter etiam traditum invenimus, feriis tacitè quoque renunciari poſſe: & ſunt, qui dicunt, valere ſententiam, ſi non fuerit exceptum, cùm judicium perageretur, Menoch. *2. praeſ. 46. num. 24.* Ummius, *diſp. 7. num. ult.* Sed poſterius hoc mihi tutum videtur, & pro cautela eſt obſervandum, ut ſemper fiat expreſſa renunciatio antequam ſententia proferatur.

Demum dubitant nonnulli, *Anne feriæ nundinarum & ruſticales omnibus vacationem præſtent: Anne verò tantùm iis, qui circa illos labores ſunt occupati?* Et rectius mihi ſentire videntur, qui omnibus illas ferias prodeſſe dicunt. Umm. *d. num.* Speckhan. *1. quaeſt. 62.* Loquitur enim Ulpianus *in l. 1. in princ. h.* generaliter: & in dubio, tutius eſt edicti verbis adhærere. Sicque etiam Studioſorum, Doctorum &c. in favorem, hæ feriæ porrigendæ, ut nec ii harum feriarum tempore in judicio comparere teneantur. Roffred. *in ord. iudic. part. 1. rubr. qualiter iudicium declinetur, ratione feriarum. num. 1.* Nova corollarii loco proponi quæſtio poteſt, cujus meminit Græve. *d. conſiderat. 2. num. 7.* *An Auguſtanæ Confeſſioni addictus poſſit renunciare in Judiciis, ubi Calendarium Gregorianum viget, feriis illis ſummis, Paſcha &c.* hoc eſt, *An*, v. gr. *Civis Tubingenſis, in die Juridica, Rotemburgi comparere poſſit, & litigare, cùm eodem tempore hîc Tubingæ celebretur ſecundus Paſcha, Pentecoſtes &c. dies?* Negat id Græveus, ſed nullâ adductâ ratione. Ego affirmarem, cùm ſemper ſtylus attendatur, qui in loco judicii, non in domicilio litigantis viget: quamvis incivile ſit, citare partem illo tempore, quo ea occupata eſt circa conſcientiam, & putarem in contumaciam procedi non poſſe, ſi emaneat. Ad hunc porrò titulum pertinent Dilationes; de quibus variæ quæſtiones moventur, puta: *An durante dilatione ad probandum, ſi partes ſe ponunt in concordia, eâ durante dormiat dilatio?*

tio? Peguera, *deciſ.160. An tempora probatoria, ſi partes ſe ponant in concordia, durante d. concordia, currant?* Idem *deciſ.180. Quæ ſit dilatio ultramarina ordinaria, ad probandum ad partes Indiarum nova Hiſpaniæ?* Idem *deciſ.185. Dies termini, quando in termino computetur?* Moller. *1. cap.7. Sententia lata, in termino prorogato, an ſit nulla?* Maſtrill. *1. deciſ.35. De termino præfixo ad agendum*, vide Schrader. *conſil.4.*

TIT. XIII. DE EDENDO.

11. De Libelli Mutatione.

AD hunc titulum qui ſcribunt, plerumque de libellis agunt. Etenim edendæ actionis ratio ſtricta admodum olim erat, *l.2.§. deinde.6. de orig. iur.* Briſſon. *lib.5. formul.* Vultei. *2. Juriſpr. cap.26.* Verùm is modus jure novo eſt ſublatus, *t.t. C. de formul. ſublat.* & hodie actio editur, ſine prævia impetratione, verbotenus interdum, vel non ita ſtrictis regulis alligatò libellò. *Novell.53. cap.3.* hoc eſt, brevi ſcripturâ: poſt cujus editionem ſeu exhibitionem, tempus reſponſionis ſeu deliberationis, num cedere velit, pro diſtantia locorum à judice præfigitur ex arbitrio, ex juris canonici diſpoſitione. *cap. dilectus. de procurator. cap. quoniam. §. ſi verò. ut lite non conteſt.* Rosbach. *3. comparat. iur. civ. & canon. cap.10.* Conſtat libellus iſte theſi, hoc eſt propoſitione; hypotheſi, hoc eſt, aſſumptione, & concluſione, ſeu petitione. Prior pars, juris diſpoſitionem, altera facti applicationem, tertia illationem & poſtulationem comprehendit. Vnde etiam à Zaſio ſyllogiſmus dicitur Legiſtarum. *in princ. Inſtit. de action. num. 15.* Quamvis partes priores quandoque tranſponantur: ita ut ſecunda pars prius, & prior ſecundò ponatur. Ac etiam, ſi agatur jure certo atque indubitato, inſtar Enthymematis, factum ſæpe ſolum, & dein concluſio ponitur. Concluſio verò omitti non debet, niſi in criminalibus; ubi pœnam lex imponit, ſine accuſatoris petitione: quâ ratione olim, nec in ſententia ea exprimebatur, ſed tantùm pronunciabatur, *Lege age &c.* ut alibi dixi: *Libellus ſi ſit obſcurus, ineptus, vel ulla ex parte vitioſus, An & quatenus, ac quo tempore, corrigi queat?* dubitatione non caret. Ego cum communi, & in praxi receptâ opinione ita ſentio. Actorem emendare & declarare libellum, ad ſententiam

tiam uſque: mutare verò & ſubſtantiam ejus corrigere non poſſe poſt litem conteſtatam: ſed ſi id facere velit, novò judiciò ipſi agendum eſſe. vid. Bronchorſt. *1. enantl. 28.* Quemadmodum enim in accidentibus poſt litem conteſtatam, aliâ interpellatione opus eſt: *l. non poteſt. 23. ff. de iudic.* ita & in iis, quæ contra vel præter tenorem libelli, poſt litem conteſtatam inferuntur, hoc idem eſt dicendum. Et ſub hac diſtinctione accipiunt; *l. edita. 3. C. h.* ubi ita reſcribunt Severus & Antoninus: *Edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit æquitas.* Ac in ſpecie, quòd liceat corrigere libellum, evincit *§. 35. Inſtitut. de action.* ubi ſancit Imp. *ſi quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari. Sed in eodem iudicio cognita veritate, errorem ſuum corrigere permitti: Veluti ſi quis hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut ſi quis ex Teſtamento dari ſibi oportere intenderit, quod ex ſtipulatu debetur.* Sed hoc intelligendum eſt ante litis conteſtationem: nam cùm litis conteſtatione quaſi contrahatur, quis non videt, invito reo mutationem, quoad intrinſecam qualitatem, ita fieri non poſſe, ut ipſum actionis genus mutetur? Sed verò in *l. in delictis. 4. §. ſi detracta. 3. ff. de noxal. action.* admittitur mutatio libelli, uſque ad ſententiam: ibi enim actor egerat contra Dominum noxali actione, tanquam ſcientem, poſtea mutat actionem, & agit contra Dominum, quaſi ignorante eo damnum ſit datum. Hoc non mutat ſententiam communem: Etenim ad qualitatem adventitiam ſpectat, quam ſemper mutare licet; quia per hoc non mutatur actio, neque factum principale, ſcil. facinus ſervi. Ac etiam quid impedit, quò minùs ſemper ante ſententiam peti queam, ut ex eadem formula actionis, durior vel remiſſior condemnatio ſequatur. Treutlerus quidem *diſputat. 4. th. ult. lit. D. vol. 1.* diſſentit; ſed non in effectu: ait enim, ſemper quidem in eodem judicio, uſque ad ſententiam, corrigi poſſe libellum; ſed ita, ut reo damna reſarciantur, quæ ob temerariam præcedentem petitionem fecit: ac poſſe reum deſiderare, ſe à priore actione abſolvi, ne iterum de eadem re conveniatur. Quod idem eſt, ac ſi diceret: in eodem judicio mutari poſſe libellum, ſi reus non velit, ut prius cæptum judicium per ſententiam finiatur. Ergò ſi Reus id vult, tum novum Iudicium eſt incipiendum: & ita

verba

verba, *in eodem Judicio*, interpretor, non per ſententiam finito priore: ita ut rectè ibidem Bachovius adnotet, hanc quæſtionem in verbis magis, quàm in re ipſa conſiſtere. Attamen hæc quæſtio adhuc alicujus momenti eſſe videtur, *in Judicibus delegatis & Arbitris: ubi, ſi ad certam litem dati ſunt, quæri poteſt, an maneat commiſſio, vel compromiſſum?* Sed adhuc latius hac de materia agam, prout in praxi obtinet & uſu. Emendatio, quam ſemper licitam dico, conſiſtit circa reliqua libelli, ſola cauſa petendi exceptâ, Obrecht. *d. libell. cap. 20. n. 14.* Sic ajunt, ſi rem petii ex jure directi Dominii, licet verbum directi detrahere, aut verba (vel quaſi) addere. Si ſimul petitorium & poſſeſſorium intentavi, alterutrum omittere poſſum. Si rem communem, ut pro dimidiâ dividatur, petii, eam vel pro tribus quartis, vel unicâ quartâ petere poſſum. Socinus ad *cap. 2. num. 123. d. libell. oblation.* Hiſce & ſimilibus in caſibus, ſemper corrigi libellus poteſt, nec expenſæ ſibi ut rependantur, exigere licet reo, vel ut cauſa de novo ex integro agatur. Si verò actio intentata fuit non famoſa, famoſam ſubſtituere haud licet: puta ſi prius intentatâ certi condictione generali, poſtea actionem furti quis movere velit, hoc poſt litem conteſtatam fieri nequit, niſi expenſis refuſis, & reô, ſi petat, abſolutô. *Nov. 112. cap. 3. verſ. ſi v. intra.* Eſt enim mutatio libelli, quæ fit priori actione ſublatâ. Obrecht. *d. cap. 20. n. 14.* Mynſing. *reſp. 100. n. 11.* Illud autem non omittendum, quod Menochius tradit *caſu 176. num. 2.* in arbitrio Iudicis poſitum eſſe, quando & quomodo emendatio hæc debeat concedi, per *l. 3.* ibi: *ius reddentis. C. h. t.* Id & mihi adprimè placet, quamvis Ummio minus. Poteſt enim fieri, præſertim ſeculo noſtro, ubi lites ſatis lento greſſu procedunt, ut, ante litem conteſtatam, ſumptus ſat ingentes fuerint facti: tum ſanè, ſi actor velit libellum emendare, id quidem ipſi licet, ſed inanibus ſumptibus reo refuſis. Nec poteſt reus petere, ut ab actione abſolvatur, quia lis non fuit conteſtata. Sic viciſſim fieri poteſt, ut emendatio poſt litem conteſtatam, non abſque ſumptuum refuſione concedatur, ſi, v. g. ea in tali articulo fiat, cujus intuitu reus litem perſecutus eſt, & forſan non tantos ſumptus feciſſet, ſi libellus ab initio ita, ut poſt emendationem, conceptus fuiſſet. Quæ ſanè judex pro ſua arbitrabitur prudentia. Quod verò Dd. poſt litem conteſtatam non admittunt mutationem, et-

partes velint: Gilcken. & alii *ad l. 3. Cod. h.* hoc ita eſt intelligendum, ut nova debeat litis conteſtatio intervenire: cùm ſententia, ſine vitio nullitatis, ferri non poſſit, niſi de iis tantùm, de quibus lis eſt conteſtata. vid. Cephallos. *tom. 3. quæſt. 115.* Hilliger. *lib. 23. cap. 5. à princ.* Vacon. à Vacun. *declarat. 89.* Vmmius, *diſp. 6. th. 16.* Speckh. *1. quæſt. 65.* Roſacorb. *cap. 92.* De libello ſuſtinendo, per impropriationem verborum, vide Magonium, *deciſ. Lucenſ. 18. An libellus, Partium conſenſu, omitti queat?* tradit Eberhard. Speckhan. *1. quæſt. 63.* De definitione libelli, conſule eundem, *dict. l. quæſt. 64. Quæ actiones uno libello queant cumulari?* Speckhan. *ibid. quæſt. 66.* De Clauſulis ſalutaribus libellorum. vid. Speckhan. *quæſt. 67. An ſententia lata, ſuper inepto libello ſubſiſtat?* vide Daſſel. *conſil. 29.* De libello alternativo, habet Ioh. Meichſner, *1. deciſ. 21.* Sed & de libellis, adhuc aliæ moveri ſolent Quæſtiones. Et huc nimirum pertinent quoque diſputationes de Poſitionibus, ſeu libello in certos articulos redacto. vide Ioſeph. Ludovic. *deciſ. 40.* Nempe *quando coniunctus poſſit reſpondere Poſitionibus, ſi præſertim ſint infantes & Minores?* Idem Ludovic. *deciſ. 41. Quando poſitionibus pro confeſſatis acceptatis, contrarium probari poſſit?* Ludovic. *deciſ. 44.* Magonius, *deciſ. 25. An irrelevantes admittendi, ſalvo iure impertinentium?* Meichſner. *tom. 3. deciſ. 22.* Sic & de Editione Inſtrumentorum, dubitationes ſuboriuntur graves; nempe: *Edere an cogi poſſit habens negotium commune cum meo Adverſario?* Magonius, *deciſ. 5. Mercator an teneatur edere libros rationum, in loco, ubi res ſunt geſta?* docet idem *ibidem. Notarius cui edere teneatur Inſtrumenta?* conſule Pfeil. *conſil. 164.* De Actione, pro editione Inſtrumentorum, adeundus eſt Meichſner. *tom. 3. deciſ. 24.*

TIT. XIV. DE PACTIS.

12. *Pactum, Pollicitatio, Stipulatio, &c. ut differant?*

ULpianus JC. Pactum, vel quod idem eſt, Pactionem (ut docet Charondas. *1. veriſim. c. 4. à pr.*) ita definit: ut ſit, *duorum, pluriumve in idem placitum conſenſus. l. 1. §. 2. ff. h.* Quidam hanc definitionem probam non eſſe contendunt; ſed planè ego abhorreo ab illorum ſciolorum induſtria, qui, dum jus noſtrum in com-

compendium redigere volũt, non niſi in definitiones, diviſiones, ordinemque à juris noſtri conditoribus vetuſtioribusque Interpretibus obſervatum, anxiè inquirunt; &, ſi hæc ipſis demas, planè caſſam nucem, quoad cœtera invenias. Et ſic prorſus contra id, quod præ ſe ferunt, juriſprudentiam noſtram non illuſtrant, vel in epitomen redigunt, ſed methodum ſeu viæ compendium, ipſa via longius faciunt; jusque novis & ocioſis terminis obruunt, obſcurumque magis reddunt. Sed ad pacti definitionem redeamus. Non ſemper duorum conſenſus pactum eſt; cùm duo idem ſentire, id eſt, ejuſdem opinionis eſſe queant, citra pactum: ideò Ulpianus addit Placitum, quod ſæpius uſurpatur pro conventione. *l. vix. 3. de iudic. l. ſervitutes. 4. de ſervitut. l. ſi plus. 74. de evict. l. ſi filius. 20. §. ſi pater. 3. ff. fam. erciſc.* Sic dicitur placitum permutationis, *l. 3. & 4. C. de rer. permutat.* placitum diviſionis. *l. 40. ff. h. l. ſi diviſ. C. famil. erciſc.* vid. omninò Weſembec. *de pact. n. 2. §. Forma ſpecifica.* Quam propter rationem alibi idem Ulpianus Pactum definit, duorum conſenſum atque conventionem. *l. 3. in princ. de pollicitat.* Quare autem ferire, vel percutere pactum dicatur, vid. Parlodor. *rer. quotid. lib. 1. c. 13.* Conventionis vocabulo utitur Ulpianus, ut generaliter omnes contractus & obligationes comprehendat. *l. 1. §. conventionis. 3. ff. h.* Eſt enim pactum ex numero eorum vocabulorum, quæ pro genere & pro ſpecie uſurpantur. Buſius, *3. ſubtil. cap. 8.* quamvis non raro pactum in ſpecie ita dictum pactio nuda indigitetur, licet interdum etiam contractum formet. *l. 7. §. 4. ff. h.* Nunc, quomodo pactum differat à negotiis adfinibus, diſpiciamus. Pollicitatio quamvis largè pro pacto, ut quibuſdam placuit, uſurpetur; propriè tamen in eo à pacto differt, quod pactum eſt duorum conſenſus atque conventio: pollicitatio verò dicitur ſolius offerentis promiſſum. *l. pactum. 3. in fin. de pollicit.* unde Iaſon ad *rub. d. V. O.* & alii Dd. inferre ſolent, non niſi abſenti & citra ullam epiſtolam vel nuntium, polliceri poſſe: Ajunt enim, ſi præſenti pollicitatio fieret, ille præſens, niſi expreſsè contradiceret, aut in illius detrimentum polliceretur, tacitè conſentire dicendus eſſet: ſicque jam amplius non pollicitatio, ſed pactum eſſet. Sicut etiam per epiſtolam, vel nuntium paciſcimur. *l. 2. ff. h.* cùm epiſtola, poſtquam recepta eſt, duorum arguat conſenſum. *l. ſi filiusfam. 16. ad Macedon.* Veruntamen hæc ſententia, utcunque com-

munis ſit, defendi nequit: quod & Loriottus fatetur, *tr. de pact. & tranſact. axiom. 10.* ſiquidem & præſenti, *l. ex pollicitatione. 9. de pollicit.* & per epiſtolam abſenti pollicitatio fieri poteſt. *l. Charidemo. 12. d. t.* Puto igitur, pollicitationem eſſe unius promiſſionem, ejus ſcil. qui ſe offert. Cùm itaque & pollicitatio duorum conſenſum habere videatur (nam & fieri pollicitatio poteſt, ubi tacitus adfuit conſenſus ejus, cui illa facta eſt) ita diſcrepat à pacto; quòd pactum ſit, quando quis promittit alicui roganti. arg. *l. 7. §. 12. ff. h.* Pollicitatio autem eſt, cùm neque provocati, neque interpellati, ſponte noſtra, nos, ex abundantia quadam liberalitatis, offerimus. Hocq; intuitu pollicitatio eſt ſolius offerentis promiſſum. Non dicitur: pollicitationem eſſe ſolius offerentis conſenſum, ſed eſſe unius promiſſum: nam & in pollicitatione duorum ineſt conſenſus, ſed non expreſſus, nec declaratus, niſi ab eo, qui promittit alteri tacenti, & non roganti. At in pacto non conſenſus eſt duorum tantum, ſed & conventio de eo, quod utriusque verbis eſt conventum & concluſum, ut fiat. *Pactum eſt* itaque, *cùm plures hoc agunt, in eamque ſententiam decurrunt, ut quid fiat, aut non fiat. Pollicitatio, cùm quid promittitur alicui non petenti, cùm de eo ante ne cogitatum quidem eſſet:* & tamen duorum ineſt conſenſus, eò quòd is, cui facta eſt promiſſio, non reclamat, ſed promiſſis acquieſcit. Ioh. Connan. *5. cap. 8. à princ.* Verùm hic ſtatim meritò quis dubitaverit, *quâ re diſcernatur pactum à ſtipulatione?* Eadem enim verba, utrique conventioni congruenter aptantur; videturque ex ſuprà dictis, ſicut in ſtipulatione, ita & in pacto intervenire tractatum aliquem, ſimilem interrogationi & reſponſioni. Verùm, licet in tractatu pactorum, fiant interrogationes & reſponſiones; hic tamen tractatus non eſt ſpectandus, ſed ejus concluſio: ut pluribus enodat Cujacius, ad *l. iuris gentium. ff. de pactis.* Sic item, ſi contractus jurisgentium nominati fiant per verba eis convenientia, præcedente interrogatione, & ſecutâ reſponſione, ſervatâ formâ ſtipulationis, puta ſi Titius dicat: *Fabi, vendis mihi fundum decem?* Fabius reſpondeat: *Vendo*; tunc non duo ſunt contractus, nec eſt ſtipulatio; ſed emptio celebrata dicetur, à forma finali, à qua res appellatur: ita tradit rectè contra Socin. *in rubr. d. V. O.* Vacunius, *declar. 65. n. 11.* per *l. ſi ſtipulor. 35. §. fin. de V. O.* ſed vide Weſemb. *h. num. 8.* & adde Parlador. *2. cap. 3.* Pactum item

item à ſtipulatione, & hac ratione, ſejungunt; quod hæc non poteſt concipi, niſi utroque loquente: unde neque mutus, neque ſurdus, vel abſens ſtipulationem contrahere queunt. *l. 1. de V. O.* Pactum nutu, vel per Epiſtolam fieri poteſt. vid. Jac. Ræward. *2. var. 1.* Addatur Dn. Reinerus Bachov. *diſp. miſcellanear. cap. 3. & multis ſeqq.* In foro hoc erit obſervandum: Promiſſionem, licet de pollicitatione aut ſponſione intelligi queat; *l. ſciendum. 2. §. dictum. 19. de Ædilit. edict.* in dubio tamen, in inſtrumentis, pro ſtipulatione accipi; *§. ſi ſcriptum. 16. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* & quidem tam publicis, quam privatis. Maſcard. *d. probat. vol. 3. concluſ. 1342.* Aliud in teſtibus de promiſſione deponentibus ſumi, interpretes volunt. *l. 1. ubi Gloſſ. C. d. uſur.* Verbum verò *convenit*, quamvis generale ſit; in dubio tamen, magis de nudo pacto intelligitur, quam de ſtipulatione; quoniam conventio ex propria ſignificatione non ita infert interrogationem, ut promiſſio. Loriott. *d. loc. axiom. 9.*

13. *De Contractuum innominatorum natura.*

JUriſgentium vocamus conventiones, quæ non ex lege aliqua civili, verùm ex æquitate & gentium uſurpatione ortum, vires & effectum habent. *l. 5. de inſtit. & iure. l. 7. h. t. n.* Dividuntur hæ, in nominatas & innominatas. Nominatæ conventiones ſunt, quæ, cùm certam habeant ſpeciem & cauſam contrahendi, meritò quoque certum obtinent nomen. Innominatæ conventiones rurſus duplices exiſtunt: quædam enim, licet certam non habeant ſpeciem, continent tamen negotium civile & *συνάλλαγμα*; unde ex æquitate etiam civili obligatio oritur, & actio præſcriptis verbis. *l. Natura. 4. & t. t. d. praſcript. verb.* Reliquæ conventiones innominatæ nullum habent negotium civile, nec *συνάλλαγμα* permutationis; & propriè pacta nuda dicuntur, quia ſubſiſtunt in nuda conventionis æquitate, nec ullam pariunt actionem, & ne quidem exceptionem expreſſam; alioqui edicto Prætorio opus non fuiſſet. *d. l. iurisgentium. 7. §. ſed cum nulla. 4. ff. h.* Verùm nec contractus innominati, ex ſui natura efficaces ſunt, ad obligationem jure civili producendam; ſed tantùm per accidens, ſc. quatenus res intervenit: ut enim ſine rei interventu obligatio contrahatur, tantummodò in his con-

Digitized by Google

ventionibus eſt receptum, quæ proprium nomen, propriamq; ſpeciem habent. *l. 1. §. 2. in f. d. rer. permut.* In innominatis ſolùm, ut dixi, συνάλλαγμα, hoc eſt, ipſa datio & rei interventus, ſeu mutua rerum traditio ac permutatio facit obligationem: Ante traditionem quippè, reque adhuc integra, ſemper in contractibus innominatis licet pœnitere. Sicque tunc dicitur, ſubeſſe cauſam, quando altera ex partibus adimplevit: illa enim adimpletio cauſa eſt, quamobrem obligatio, & ita conſequenter actio naſcatur. *d. l. iurisgentium. 7. §. ſed etſi. 2. h. t.* Ratio æquitatis eſt manifeſta, quia, ſi Titius Fabio dedit equum, & Fabius ei non dederit veſtem; Titius eſſet in damno, Fabius verò in lucro. Ideò, ut res ad æqualitatem redigatur, actio datur, qua Fabius cogatur ad dandam Titio veſtem: ut ſcil. unuſquiſque habeat ſuum, nec alter ſit in lucro, alter in damno, contra æquitatis juſtitiæque normam. At videtur tam in contractibus nominatis, quam innominatis requiri implementum, ad hoc ut agi poſſit: nec quippè ex contractibus innominatis actio datur, niſi ei, qui ex parte ſua adimplevit, ſaltem per oblationem, re, non verbis factam, ut arguit *l. Julianus. 13. §. offerri. 8. d. act. empt.* ubi Buſium vide; idque innuit ibi JC. dum ait: *Si partem pretii offerat, nondum ex empto eſt actio.* Habet etenim reus exceptionem non impleti contractus; cùm ſcil. iniquiſſimum videatur, ut venditor tradat mercem emptori, ſi emptor non totum pretium vel dederit, vel offerat, & ita omninò ſua ex parte contractui ſtet. Difficultas ergò hìc ſubnaſcitur non levis, quomodo nominati & innominati contractus à ſe invicem ſeparentur, ſi in utriſque, ad hoc, ut agi poſſit, implementum neceſſarium exiſtit. Egò puto planiſſimè rem explicare eos, qui dicunt: (vid. Vacon. à Vacuna, *declar. 67.*) ex contractibus nominatis ſtatim naſci obligationem, *Inſtit. de obl. ex conſenſ. per tot.* Sed ea obligatio actionem non parit, niſi ei, qui ſaltem per oblationem adimplevit. Sicque implementum eſt pars libelli, ac, ſi non inſit libello, ille eſt ineptus. Et licet obligatio pariat actionem, materque actionis nominetur; *l. licet. 42. §. ea. 2. d. procur.* tamen id eſt intelligendum ſuo modo, & ſecundum æquitatis rationem: nempè ſi ex parte actoris, contractus vel ſit impletus, vel ad impletionem ſeſe offerat ille. In contractibus verò innominatis, antequam ſubſit cauſa (hoc eſt, priuſquam alteruter contrahentium adimplevit in totum vel ex parte, ita ut

dici

dici poſſit, rem amplius integram non eſſe) omninò nec obligatio nec actio nata dici poteſt. Ac diſcrimen magnum eſt in eo, quod dixi, naſci nominatis in contractibus ſtatim obligationem, etiam ante implementum; in innominatis verò, demum ſecutô implementô: nam hanc propter rationem, in contractibus innominatis, cum non ſtatim obligatio naſcatur, pœnitentiæ locus eſt. *l. ſi pecuniam. 5. ff. d. condict. cauſ. data:* licet quippè ei, qui nihil accepit, pœnitere; ſed poſtquam accepit, tùm pœnitere amplius nequit. In emptione v. g. licet nec pretium, nec merces fuerint data, ſicque res integra planè ſiet; & tamen neutra pars, altera invita, à contractu ſemel perfecto, reſilire, obligationemque jam natam annullare poteſt. Ex quibus omnibus liquet, differentiam conſiſtere in eo: quod in contractibus nominatis, obligatio naſcitur ſtatim, ſed ex ea actio efficax non oritur, niſi facta oblatione. Imò ſi venditor v. g. per ſententiam fuerit condemnatus ad rem tradendam, & contractum ſervandum, habet tamen is, exceptionem, & jus retentionis, ſi non ipſi pretium realiter ſolvatur. Ex contractibus verò innominatis, nec obligatio nec actio oriri cenſetur: niſi ab alterutra parte propter conventionis adimpletionem, res non amplius integra videatur: quo caſu, unà ſimul & actio & obligatio acquiritur ei, qui implevit.

14. *De Pactis legitimis.*

CONventionum tres ſpecies exiſtunt. Aut enim fiunt ex publica cauſa, aut ex privatâ. Privata aut eſt legitima, aut juris gentium. *l. Conventionũ. 5. in pr. h. t. n.* Permiſcetur hîc ſubdiviſio cum diviſione, quod & aliàs Ulpiano non infrequens eſſe, monui *ad l. 1. d. inſtit. & iure.* Omnium conventionum ſumma diviſio illa eſt, ut vel ex publica cauſâ fiant, vel ex privata. Ex privata cauſa quæ fiunt, ſubdividuntur: nam omnis conventio privata aut legitima eſt, aut juriſgentium. Non propterea publicæ conventiones excluduntur à gentium jure; ſanè eæ omnes juris gentium ſunt: nam cùm agimus cum hoſte, vel alio populo nobis non ſubjecto, agimus ex mero gentium jure, nec ibi valet ullum jus civile, ut recte *in pr. tr. d iure belli.* monet Albericus Gentil. Nec ergò opus eſt, ut cum Rævardo, *4. vari. c. 1.* text. *d. l. Conventionũ. 5.* corrigamus. Iuris gentium enim conventiones legitimis tantum opponuntur conventionibus, non publicis: utræque autem,

tem, tam juris gentium, quam legitimæ, à publicis vocabulo *privata* diſcernuntur. Ac licet etiam juris gentium conventiones legitimæ videantur, cùm eas lex confirmarit; tamen eæ à jure civili non improbantur potius, quam adprobantur, ut ad *d. l. Conventionum. 5. in pr.* docet Ant. Faber. *in rational. pandectarum. Legitima conventio eſt*, ut ait Paulus, in *l. legitima. 6. h. quæ lege aliqua confirmatur*, & ideò interdum ex pacto actio naſcitur vel tollitur, quotiens lege vel SCto adjuvatur. Sola ergo ea pacta legitima ſunt, quæ, ſi à lege aliqua non adjuvarentur, nuda eſſent: quia ex omnibus iis conventionibus privatis, quas jus gentium induxit, eas ſolas non agnoſcit jus civile, quæ nomen ſui generis retinent, & nudæ conventiones remanent; quia nempè non tranſeunt in aliud nomen, nec ullum *συνάλλαγμα* in ſe habent. Si quas ergò agnoſcit lex civilis, eas magis ſpeciali nomine legitimas appellitamus: quia ſolæ ſunt, quæ, ex eo genere, adjuvantur à lege. Unde pactum legitimum indigitatur, non quod formam capiat à lege, verùm quod lex conventioni nudæ aſſiſtat, eique tribuat efficaciam civilis obligationis. *l. legitima. 6.* ubi Duaren. *ff. d. pact.* vide Ræuard. *4. variar. cap. 1.* In pactis ſolummodo verſatur factum, non jus. *l. Si unus. 27. §. pactus. 2. h. t.* unde ex pacto neque actio naſci, nec tolli poteſt: cùm, quæ tantum pariunt naturalem obligationem, civilem tollere non poſſint. Hinc in pactis legitimis, cùm pariant actionem, ſimul jus verſatur. Inde legitima vocantur, cùm ſumant ſuam poteſtatem à lege, cujus proprium eſt dare & extinguere actionem. Itaque hæc pacta legitima non amplius nuda manent. Nuda etiam dicuntur, quæ deſtituuntur vi & efficacia ad agendum: unde hæc, quæ legitima vocamus, nuda dici non poſſunt. *l. Legem. 10. C. h.* Idem dicendum de pactis, quæ fiunt in continenti poſt contractum: quæ veſtita pacta, nomine minus eleganti, ſed tamen ad docendum apto, Interpretes notant. Porrò autem hoc non eſt negligendum: aliud juſtum pactum, aliud legitimam conventionem eſſe; ac à ſe invicem differre. Coveanus *2. variar. 26.* Juſtum pactum *in l. Stichum. 95. §. natural. 4. de ſolution.* pactum eſt Prætorii juris, hoc eſt, quod Prætor ſervat ac tuetur: nam & pacta nuda tuetur Prætor, *l. 1. h. t.* non ſc. ex iis dando actionem, ſed exceptionem. Non verò promiſcuè omnia pacta Prætor ſervat; ſed ea tantùm, quæ non ſunt contra bonos mores, aut contra le-

ges,

Digitized by Google

ges, aliasque ſanctiones vim legum obtinentes. *l. iur. gentium. 7. §. ait. Prætor. 7. h. t. n.* Ex hujuſmodi juſtis pactis naſcitur obligatio naturalis: nil enim tam conveniens eſt naturali æquitati, quàm ut promiſſionum fides cuſtodiatur. Et talis obligatio naturalis, contrario etiam nudo pacto, modo juſtum ſiet, tolli ſolet; & quidem ipſo jure, ut ſcribit. JC. in *d. §. naturalis. 4.* Denique legitimum pactum, à contractu, diſtinctas diviſaſque rationes habet. Contractus namque ſui natura, pactum legitimum ex confirmatione tantùm parit actionem; *l. legitima. 6. de pact. l. fin. C. de dot. promiſſ.* Cujacius, *lib. 11. obſervat. cap. 17. & lib. 14. obſ. cap. 28.* ut ex hactenùs deductis, nemini obſcurum eſſe poteſt. Manent enim nuda pacta, ein bloſſes verſprechen / ſed quæ legis aſſiſtentia roborantur; quod & diſcimus ex *l. 12. Cod. de uſuris.* in qua ita reſcribit Imperator Alex. *Frumenti, vel hordei mutuo dati acceſſio, etiam ex nudo pacto, præſtanda eſt.* Quamvis autem uſuræ, quas hic Imperator acceſſiones vocat, regulariter non debeantur, niſi ex ſtipulatione, *l. quamvis. 3. C. d. t.* ob incertum tamen & inconſtans frugum pretium Imperator hic concedit, ut ex nudo pacto peti queant uſuræ, nec, ut in mutuo pecuniario, ſtipulatio requiratur. Hoc reſcripto pactum nudum legitimum fit, id eſt, efficax ad producendam actionem, & tamen illud adhuc nudum nominat Imperator. Ut & in hoc differunt à contractibus legitima pacta (quamvis hodiè ratione effectus æquiparentur) quod in hiſce pactis ſeriùs receptum fuit à populo Romano, ut parerent actionem. Quæ verò ejuſmodi pacta cenſeantur, enumerat Leopold. Hackelman. *illuſtr. diſput. 2. theſ. 3.* quem videre licet. Et quoque nuda pacta ſunt contractus innominati, ante dationem; quod innuit Vlpianus in *l. iuris gentium. 7 §. 4. h. t. n.* cum ait: *Sed cum nulla ſubeſt cauſa, præter conventionem* (ita enim legendum eſt, non *propter*) *hîc conſtat, non poſſe conſtitui obligationem*, ſcil. civilem; quod & probat *L. legem. 10. C. d. pactis.*

15. An Pacta hodie pariant Actionem?

EFfectus pactorum nudorum eſt, producere naturalem obligationem, quam Prætor dando exceptionem tueri ſolet. *l. 7. §. ſed cum alia. 4. h. l. 10. Cod. eod.* Vacon. à Vacun. *declarat. 21. & 23.* ut & in ſpecie, *l. nuda. 5. C. d. contrah. ſtipulat.* Stipulatio

Ff

latio pœnalis pacto adjecta, id firmat, adeò, ut producat actionē: ratio autem, cur ex pacto nudo non detur actio, jure Romano ea mihi videtur, ut ne nimiùm conſtringatur libertas oris, & ſæpe imprudentes in laqueos incidant, ſi ex quovis dicto, temerè forſan prolato, homines obligarentur. Vnde & Plato *in libris de Republ.* eandem propter rationem, non vult obligationes ex promiſſis promiſcuè induci, forſan in familiari ſermone, aut convivio factis: ſed tum demum, cùm in foro, ubi contrahi ſolet, contractus ſeriò celebrantur. Sed nec pacto tollitur obligatio civilis: quamvis unum pactum alterum ipſo jure tollat. *l. Stichum. 95. §. natural. 4. d. ſolut.* ſi ſcil. non præceſſit obligatio civilis. Ideoque opus eſt exceptione; magis enim tuentur naturalem æquitatem exceptiones, quam actiones. Sed tamen pactum de non petendo ſeparandum eſt ab ea conventione, quâ contrario diſſenſu reſolvitur contractus, & id agitur, ut à contractu diſcedatur: quod etiam Ummius obſervavit, *diſp. 8. n. 42.* quo caſu ipſo jure ſolutus eſt contractus, nec demum caſſatur oppoſitâ exceptione. Porrò autem multi dicunt, de jure canonico omnia pacta producere actionem: quod ratione non caret. Finis enim juris canonici eſt, reducere jus civile ad æquitatem naturalem, & ejus corrigere rigorem: de juris autem rigore introductum videri poſſet, & reſipere priſcam formulariam ſubtilitatem, ſi ita anxiè inter pactum & ſtipulationem diſtinguamus: nec hanc differentiam proprietas vernacularum linguarum admittere videtur; quæ etiam communis opinio eſt Canoniſtarum. Soarez. *in theſaur. recept. ſent. lit. p. num. 1.* & cum ea itidem Weſembecius tranſire videtur, in *parat. ff. h. n. 9.* qui, canonico jure, ex pacto oriri actionem, non dubitat fere. Verùm cum jura juribus ſint concordanda, & in jure Canonico nuſquam contrarium relatum inveniatur; dicere licet, nihil in hac re mutatum eſſe, argum. *c. 1. & 2. d. oper. nov. nunt. c. 8. extra d. iudic.* & ita contra commun. pugnant etiam Dn. D. Bocer. *tr. ad L. contractus. d. R. I. cap. 1.* Fachin. *2. controv. 100.* Forcatul. *dialog. 69. num. 5.* Tileman. *diſput. 7. theſ. 37. & ſeqq. vol. 1.* Hackelman. *illuſtr. 2. theſ. 10. ad fin.* vide Forſter. *d. pact. fol. m. 266.* &c. Certè *c. 1. & 3. d. pactis*, quibus innituntur, id imperare non poſſunt: perindè enim, ut ibi pacta ſervari præcipiuntur, ita quoque idem Prætor dicit, *in l. 1. h. t. n. & l. 1. d. conſt. pecun.* Non tamen indè ſequitur, ex pacto quo-

quocunque nudo, dari actionem; ſed vel exceptionem tantùm, vel, ſi juris ratio accedat, etiam actionem. Conſtitutum quidem invenimus, Deum juratam pactionem, & ſimplicem non ſeparare. *can. iuramenti. 22. quæſt. 22.* Sed hoc pertinet ad animæ forum: ubi etiam concupiſcentia uxoris alienæ, pro vero adulterio habetur: ubi odium erga proximum, homicidium reputatur. De jure civili, ut hoc obiter addam, nec juramentum pacto accedens actionem producit: quippè ſingulatim id de jurata conventione liberti cum patrono cautum eſt, de operis præſtandis, *l. ut iurisiurandi. 7. d. oper. libert.* unde colligere licet, in cæteris contrarium eſſe. argum. *l. ſi quis. 12. d. iudic.* Nec impedit *l. ſi quis maior. 41. C. d. tranſact.* quia ibi agitur de remiſſorio pacto, & tranſactione, ut Buſius explicat: *ad l. 1. h. t. numer. 9.* Sed hoc nunc eſt ſubjungendum, propter minus uſitatam ſolemnitatem ſtipulationis, hodie pacta, ex moribus præſertim Germanorum, obſervanda, & proinde actionem ad inſtar condictionis ex lege producere: quod tamen temperamentum tale recipere, nonnulli ajunt, ut is, cui quid temerè, minuſvé cogitatum excidit, non per hoc ſtatim capiendus ſit; ſed an teneatur, ex re nata pro arbitrio ſuo judicem moderaturum. Vnde adnotant noſtri Dd. conventionem ſine verborum ſolemnitate non prodeſſe, præterquam ſi non providè geminetur, aut ſemel interpoſita renovetur, Vivius. *opin. com. num. 235.* Alciat. *in rubr. d. V. O. num. 14.* Vnde ajunt, pacta hodie prodeſſe ad agendum, cum chirographo muniuntur, aut ſcriptura. Panorm. *c. 1. num. 4. & ſeq. ext. h. t.* Weſembec. *h. ſub. num. 9.* nam tunc præmeditatam arguunt voluntatem. Sanè wirtembergico jure, conſuetudo hæc lege roboratur; nam *part. 2. t. 23.* ita ſancitum invenimus: Welcher dem andern etwas bedächtlichs verſpricht / es ſeye mit bloſſen Worten oder anderer Zuſagung: Der ſoll ſein Verſpruch und Zuſagen halten / oder auf deß andern theils gebührlich anſuchen und klagen / mit Recht darzu angehalten werden. Quod tamen limitatus in pactis futuri contractûs præparatoriis. *perd. p. 2. t. 21. in princ.*

16. De Sponſionibus.

SEd liceat mihi nunc de ſponſionibus aliquid addere, quas nos vocamus wettungen. Quæ ſanè olim fuere frequentes, erantq;

 judi-

judices ſponſionum, quos recuperatores vocitabant: quia coram illis depoſitum recuperabatur. Sed etſi res apud arbitrum depoſitæ eſſent, eo pacto, ut ei darentur, qui vinceret, vel ita, res daret, ſi non ſententiæ pareatur, ſententiam dicere arbiter cogebatur. *l. litigatores. 11. §. 2. verſ. ergò. d. arbitr.* Frequenter enim apud tertium, depoſitis pignoribus, fiebant. *l. ſi gratuitam. 17. §. ſi quis ſponſion. 5. d. praſcript. verb.* fiebant item interpoſita ſtipulatione: nempè quis certam pecuniæ ſummam promittebat, ni ita eſſet. Quandoque etiam alter ex contrahentibus, alteri v. g. decem tradebat, interpoſita ſtipulatione vel pacto; ni ita erit, duo tanta reſtituat: quin & inæquali conditione ſponſio fiebat, tria tanta, aut quatuor tanta, aut ſexcenta tanta. At quærere licet, *ſi pacto nudo, nec ullius rei depoſitione, vel traditione interveniente, fiat?* Et quamvis hîc, jure civili inſpecto, multi dicant, ejuſmodi ſponſiones non valere, cùm, ſi pactum nudum ſub conditione fiat, illa conditio, nec habeatur pro cauſa, nec pro implemento. Jaſon. *in l. cum adpræſens. ſi cert. pet. in l. à Titio. d. V. O.* ac *in l. iuris gent. §. ſed cum nulla. h.* Vndè ajunt, ejuſmodi in caſu pœnitere licere. At putant alii, reciprocam promiſſionem in cauſa eſſe, ut multa valeant de jure, quæ ſimpliciter non tenerent; ut multis ipſe Jaſon probat, *in l. ſi pater puellæ. C. d. inoff. teſtam.* Sicque Angel. *in d. l. cum adpræſens.* ex pacto ejuſmodi, actionem largitur. Sed tamen nec reciprocatio facit, ut ex pacto actio naſcatur: cùm & reciproca obligatio ſit in omnibus contractibus innominatis. Nec etiam conditio eveniens haberi poteſt pro implemento, ſeu cauſa, cùm ea impleta nihil adſit promiſſori vel ſtipulatori, ut *in l. Labeo. 21. d. contrah. empt. l. hoc iure. 19. §. 1. d. donat.* licet hodiè, ubi ex moribus nudo pacto actio datur, aliud dicendum videatur. *An non in omni cauſa, ſponſio fieri queat?* difficultatem habet: maxumè cùm reſpondeat ICt. in *l. ſolent. 2. & l. ſeq. d. aleator.* ubi pro virtute non ſit certamen, ſponſiones fieri non licere. Magis tamen eſt, ut permiſſum ſit in honeſta cauſa facere ſponſiones, ut expreſsè ſcribit IC. *in l. ſi gratuitam. 17. §. fin. d. præſcript. verbis.* Neque in contrarium adductæ Leges obſtant: nam ſunt interpretandæ ex rubrica, nimirum, ut in ludis non liceat facere ſponſiones, niſi ubi certamen ſit cauſa virtutis. Indeque ſponſio facta inter eos, qui ludentes inſpiciunt, quod alter ex luſoribus vincet vel non, aut ſi ipſi ludentes ſponſionem

nem faciant, erunt improbatæ; quia concernunt ludum, non virtutis cauſâ ſuſceptum. Extra ludum permiſſæ ſunt ſponſiones, ſi non ſint turpes. Sic quærit Paul. de Caſtro, *in l. à Titio. d. V.O. An valeat ſponſio, quòd Imperator vel Pontifex hoc anno morietur?* eamque dicit turpitudinem continere; licet alii contrarium velint; cùm ceſſet periculum inſidiarum. Ego diſtinguerem inter ſubditum & non ſubditum; ut non ſubditus Papæ vel Imperatoris, ita ſpondere poſſit; ſubdito turpe videatur & puniendum.

Quid autem, ſi ſponſio inæquali conditione fiat? puta: *alter ex contrahentibus, ſi navis albi Leonis ex India venerit intra calendas Maias, promittit centum, alter verò, ſi non venerit, promittit mille*; quæritur ergò: *An hac ſponſio alicuius ſit momenti, an verò, propter inæqualitatem, exceptio competat doli mali, quaſi ipſa res in ſe habeat dolum,* ut dicitur de emptione, ubi quis læſus eſt ultra dimidiam partem pretii juſti? Sed magis eſt, ut valeat, quod & Decius ſentit: *conſil. 115.* Scientibus enim fraus fieri non videtur. Cùm ergò ita ex certa ſcientia contrahentes convenerint, conventio rata eſſe debet: contractus namque legem accipiunt ex conventione. *l. 1. §. ſi convenit. 6. ff. depoſ.* unde Bartolus, Baldus & alii *in l. 2. C. de reſcind. vendit.* ajunt: eum qui ſciens prudenſque, rem, dimidio minus juſti pretii, vendiderit, remedio prædictæ legis frui non poſſe: quoniam ſciens renuncianti comparatur, ut eleganter ſcribit JC. *in l. quæritur. 14. §. ſi venditor. 9. de ædilit. edict.* Aliud reſpondendum erit, ſi una ex parte dolus ex propoſito intervenerit, puta Sempronius, ſciens navem ſtellâ inſignitam ex Aſia rediiſſe, Cajum ſponſione provocavit; facta eſt ſponſio; vicit Sempronius, qui certa in victoria erat, & certior factus fecerat ſponſionem. Hic, ex quo ſtipulatio intervenerat, juris quidem ſubtilitate Cajus obligatus eſt, doli tamen uti poteſt exceptione. *l. ſi quis cùm aliter. 36. de V.O. l. dolo. 5. C. de inutil. ſtipul.* & hoc, ne ulli malitia ſua ſit lucroſa. *l. 1. ff. de dolo.* Nec in promiſſis quærendum eſt, an deceptio ſit ultra dimidium pretii juſti: cùm, ubi dolus contractui cauſam dat, etiamſi infra dimidium deceptio ſit, nihilominus ſuccurri debeat decepto. Sed *facta eſt ſponſio inter Sempronium & Caium in currendo, haſtam proiiciendo; Sempronius poſt recuſat ad certamen venire;* quæri poteſt: *An agere queat Caius, tanquam victor?* Rectè Accurſius hoc affirmat *in l. ſi rem. §. fin. de præſcript. v.* Facit huc textus *in*

l. ſi jactum retis. 12. ff. de act. empt. ubi, ſi emero jactum retis, & rete piſcator jactare nolit, incertum hujus æſtimandum eſſe reſpondet JC. Ex quo enim penes illum ſtat, conditio habetur impleta, *l. iure civili. 24. d. cond. & demonſtr.* Sed de ſponſionibus tractatum edidit Stracha, & Santerna, & extat diſputatio hac item de materia ſingularis, *inter diſput. Candidatorias Argentoratenſes* relata.

17. De Pactis Contractui adjectis.

PActa quandoque formant actionem: unde dici ſolet, pacta conventa judiciis bonæ fidei ineſſe; ſiquidem fuerint incontinenti adjecta, vel ſubſequuta. *l. iurigentium. 7. §. quinimò. 5. h.* & inſunt etiam ex parte actoris, id eſt, pariunt actionem. *l. pacta. 72. ff. de contrah. empt.* Ex intervallo, id eſt, ſi non in ingreſſu; ſi re ſecuta; ſi non integris omnibus interponantur, contractui non inſunt, nec valent ad agendum, ſed tantùm producunt exceptionem: ea enim tantummodo inſunt, id eſt, actionem producunt, quæ legem contractui dant, id eſt, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt. Sed hæc latiorem requirunt enodationem. Diximus pacta incontinenti adjecta generare actionem. Dubitatur autem, *An detur actio ex principali contractu, an verò etiam præſcriptis verbis?* Et magis eſt ut velim, dari actionem illam, non hanc. *l. ſi fundus. 4. de leg. Commiſſ.* Borcholt. *d. pact. cap. fin.* Donell. *d. præſcript. verb. cap. 2.* Connan. *5. comment. 2.* Contius, *lib. 1. diſput. 17.* Guil. Valent. Forſter. *de pact. cap. 8. pag. 236.* Arum. *diſput. ad leges præcip. 3. theſ. 10.* fruſtra repugnante Duareno, *ad d. l. 7.* Fachinæ. *2. contr. 98.* vide Hackelman. *diſputat. 2. theſ. 9.* Bachovium. *miſcell. cap. 35.* Bronchorſt. *ἐναντ. 1. cap. 35.* Gilken. *ad l. 3. Cod. de pact.* Id quoque docet *d. l. 7. §. 5.* ubi dicit Ulpianus: pacta *formare actionem*, id eſt, alterare actionem ipſius contractus, non parere novam, & *ineſſe contractui*, id eſt, accedere, non per ſe ſubſiſtere ad agendum efficaciter, ſed pacto dari actionem ex ipſo contractu, quamvis, ſecundum naturam contractus, non fuiſſet in eam ſententiam actio danda. Itaque pactum format, id eſt, novam formam, novam ſpeciem, novum caput actionis ex empto dat; & diverſum à capitibus ejus actionis, quæ naturaliter inſunt ei actioni. Ineſſe quoque pacta dicuntur, quæ ita conjuncta ſunt ipſis contractibus, & quaſi continentia, ut cum ipſis ſint in unam naturam confuſa, atque commixta, nec

ſepa

ſeparatim à contractu accipi debeant, ſed quaſi uno contextu cum ipſis contractûs verbis accipienda: ita ut formam & qualitatem novam contractui dare videantur. Et porrò non datur ſimul actio præſcriptis verbis, & ex principali contractu; quia ea eſt natura actionis præſcriptis verbis, ut illa tum demum detur, cùm deficiunt vulgaria atque uſitata nomina actionum. *l. 2. & 3. de præſcript. verb.* Graviter multi hanc ſententiam oppugnant, per *l. ſi vir. 12. de præſcriptis verbis.* ubi ex pacto de revendendo, competit actio præſcriptis verbis. Sed ex eodem pacto, ſcil. de revendendo appoſito venditioni, alibi datur actio ex vendito. *l. ſi convenit. 6. de reſc. vend. l. 2. C. de pact. inter empt.* Et ſanè ſi ullibi, hâc in parte diſſonantia eſt inter conditores juris, ut etiam Borcholt agnoſcit. *cap. ult. de pact. num. 55.* Nec nunc diligenter hanc rem perpendenti aliud occurrit, quàm referri alicubi juris certamina, ſed alibi inveniri deciſa. Nec ego ab ea opinione recedere poſſum, quæ juris habet evidentes rationes: licet textus incidenter aliud innuere videantur. Porrò autem, quod dicitur *in dict. l. 7. d. §. 5. h. t.* ſolere nos dicere, *pacta conventa bonæ fidei judiciis ineſſe.* hîc iterum acre exſurgit certamen: *An non idem in ſtricti juris judiciis dici mereatur?* Et quidem cum Gœdd. *de contrah. ſtipul. cap. 8.* & Hotom. *quæſt. illuſtr. 35.* tutiùs dici puto: Pacta formare, ineſſeque contractibus ſtricti Iuris, ſive detrahant, ſive adjiciant: & quod dicitur de actionibus bonæ fidei, id exempli loco adduci. Ait iterum Ulpianus, hoc ita accipiendum eſſe, ut ſiquidem ex continenti pacta ſint ſubſecuta, vel in initio. *l. 5. initio. C. de pact. inter empt. l. ſi alienam. 19. C. de fidejuſſ.* quod non ita eſt intelligendum, ut non in medio ſeu ipſo tractatu fieri queant: ſed initio fieri dicitur, quod fit ante negotium concluſum. Unde alibi JC. ait: pacta hæc fieri debere, in ipſo negotio gerendo, *l. paciſci. 31. de pactis.* vel tempore contractus: *l. penult. C. de pact. inter empt.* ſcil. nondum contractu finito. Et ea pacta ejuſmodi ſunt, ut ſine iis contractus non perficiatur, v. grat. *vendam tibi domum pro mille, ſi poſt biennium illam mihi retrovendas*; pactum hîc intervenit, antequam emptor conſenſerit, & forſan venditor ſine eo pacto non vendidiſſet, vel pluris diſtraxiſſet: conſequens hujus eſt, ut pactum, quod adjicitur contractui jam perfecto, contractum formare non poſſit: etiamſi ſtatim poſt contractum adjiciatur: nemo

mo enim dicere poteſt, ea, quæ facta ſunt, contractu jam perfecto, in ingreſſu facta eſſe, aut in initio contractûs; pugnant enim, emptionem v.g. ſimpliciter contrahi, & contrahi certâ lege, certa conditione. Donell. *ad l. in bona. 13. C. h.* Porrò Vlpianus *in d. l. iuris gentium. 7. §. 5. de pact.* ſcribit: Pacta, extra naturam contractus, non formare contractum. Hic accuratè diſtinguendum eſt inter ea pacta, quæ formare poſſunt contractum, vel habilia ſunt ad excipiendum: Pacta namque adpoſita contra ipſius contractûs ſubſtantiam, illum aut mutant in aliud genus (v. g. ſi convenerit ne in emptione pretium detur, donatio fit. *l. cum in. 36. d. contrah. empt.*) aut pactum adjectum nullius eſt momenti, ut in caſu *l. rogaſti. 11. §. 1. d. reb. cred.* ubi mutuum non contrahitur accipiendo 10. & promittendo 11. quia eſt contra ſubſtantiam contractus. Add. *l. 14. d. pigner. act. l. 12. d. precar.* Viciſſim contractui adpoſita pacta, contra naturalia accidentia, propria contractus, valida ſunt. v. grat. ne in emptione evictio, aut ut cautio duplæ præſtetur. *l. Hoc iure. 27. d. evict. l. pacta. 72. d. contrah. empt.* vel ne periculum interitûs ante traditionem ſit emptoris. Sic pariter pacta valent, quæ planè ſunt extra contractus naturam: veluti ſi contractui lex commiſſoria adjiciatur, addictio in diem, pactum de retrovendendo, aliaque ſimilia, quæ utraque contractum formant. Coraſ. *3. miſcell.* Vultei. *in princ. Inſtitut. d. contrah. emptione.* Confer. Georg Franzke. *ad t. ff. d. contr. empt.* ubi late & profundè hæc omnia exequitur.

18. *De Succeſſoriis Pactis.*

Inter pacta injuſta, id eſt, quæ neque civilem obligationem, nec exceptionem pariunt, illa ſunt, quibus hereditas datur vel adimitur: puta pactiones tam de ſuccedendo, quam non ſuccedendo. Pfeil. *conſ. 22.* Primùm ratio eſt inveſtiganda, cur ea pacta prohibita inveniantur. Putant vulgò Dd. ejuſmodi pacta, ideo non valere, quòd prohibeant liberam teſtandi facultatem; quod ut rectè VVeſemb. obſervavit, *conſ. 71. num. 8. & c.* non ſufficere videtur: Pacta enim ſucceſſoria non pertinent ad teſtati cauſam, ſed tantum excludunt inteſtati ſucceſſionem: quod & Cacherano placet. *deciſ. 100. num. 18.* Namque etiam ſucceſſoria pacta, quæ in jure noſtro valere dicuntur, non ſecus ac quælibet extrema voluntas, revocabilia putantur. *l. licet. 19. l. fin. Cod. d. pact.*

pact. Porrò nec illa ratio ſubſiſtit, quòd improbum ajunt, ſollicitum eſſe de ſucceſſione viventis. *l. 2. §. interdum. 2. d. vulg. & pupil.* namque hæc ratio non impedit omnia ſucceſſoria pacta, videlicet de non ſuccedēdo ei ipſi, cum quo pactum initur: non enim poteſt ſollicitus eſſe de viventis ſucceſſione, qui ſibi ipſi præripit ſuccedendi facultatem; indeque votum captandæ mortis continere non poſſunt. Ajunt quidam, illa pacta eſſe contra bonos mores; Sed, ſi hoc generaliter eſſet, nec milites poſſent reciprocum facere pactum de ſibi invicem ſuccedendo: nam & milites bonos mores obſervare debent. Genuina ratio hujus prohibitionis (cur hereditas pactis nec dari nec adimi queat, & quòd rejiciuntur pactiones tam de non ſuccedendo, quam quæ ſunt de ſuccedendo) illa eſſe videtur; quòd jus ſuccedendi provenit ex publico jure, ſeu ex legum diſpoſitione, ſive jam de teſtamentaria, ſive inteſtati ſucceſſione agatur. Caſparus Schifordegker, *lib. 1. tr. 29. quæſt. 2.* Dn. Bachovius, *Miſcell. quæſt. cap. 13.* Forſter. *d. pact. fol. 203. &c.* adde Schæffer. *2. quæſt. 19.* qui de his pactis ſucceſſoriis latè agit. Namque Lex 12. Tab. non modo teſtandi licentiam civibus Romanis, & quidem certo modo, dedit; ſed & hereditatum, heredumque ab inteſtato jura induxit. *l. teſtamenti. 3. qui teſt. fac. poſſ. l. verbis. 120. l. lege. 130. d. V. S.* Itaque vis & injuria legi (quæ ſola domina eſt noſtrorum bonorum) inferri videtur, ſi quis ad hereditatem perveniat alio modo, quàm qui legibus præſcriptus; aut ſi per pactum impediatur quis ei ſuccedere ab inteſtato, cujus vel filius ſit, vel proximus agnatus. Confert huc tritum illud Brocardicum juris: *privatorum pactionibus iuri publico derogari nec poſſe, nec debere. l. ius public. 38. ff. h. cum ſimilibus.* Ea ſola & catholica ratio eſt, cur æquè non valeat pactum de non ſuccedendo, quàm de ſuccedendo. *l. pactum. 3. C. d. collation. l. ſi quando. 35. §. illud. 1. C. d. inoff. teſt. l. fin. d. ſuis & legit.* Porrò autem, inſpectâ juris ratione, pactum de ſuccedendo, extra caſum *l. fin. C. d. pact.* nec juramento validatur; quod & placet Fachinæ. *8. cap. 72.* & Ant. Fabro, *err. dec. 41. err. 5.* Etenim *c. quamvis. d. pact. in 6.* non pertinet ad pactum de ſuccedendo. Vnde quod diſpoſitum eſt in pacto de non ſuccedendo, nullo modo trahendum eſt ad pactum de ſuccedendo: nec enim ex diverſis & ſeparatis illatio fieri poteſt. Nec ratio *d. c. quamvis,* adeò generalis eſt, ut ad pactum de ſuccedendô tertio, ſine ejuſdem conſenſu ini-

initum, applicari queat: pactum namque de non ſuccedendo, in quo filia renuntiat hereditati Patris, accedente Iuramento & conſenſu tertii, ſine detrimento æternæ ſalutis ſervari poteſt: maxumè cùm dotem eſt conſecuta. vid. Pfeil. *conſ. 25.* Hoc enim pacto nil fit contra bonos mores; ſed tantum contra leges: quod quia evenit, meritò majorem vim eſſe vult Pontificius legislator juriſjurandi, quàm legum ſubtilitatis. Pactum autem de ſuccedendo, non interveniente tertii conſenſu, ſine diſpendio æternæ ſalutis ſervari vix poſſe videtur, cùm redundet in tertii detrimentum, qui pactionem ignorat: periculoſi inſuper eventûs plenum eſt, cum ſcil. contineat votum captandæ mortis; juramento ideo confirmari nequit. Sed verò Anton. Theſſaurus. *deciſ. 225.* ibique filius ejuſdem, *in addit.* putant, aliud eſſe, paciſci de hereditate viventis, cum tertio, illo inſcio & ignorante, cujus ſunt bona; aliud de futura ſucceſſione cum eo ipſo, de cujus agitur hereditate. Verùm enimverò, pactum de ſuccedendo, cum eo ipſo initum, de cujus agitur hereditate, juramento firmari nequit: cùm hæc ſpecies, ſine exceptione, legibus noſtris improbetur, tanquam contraria moribus bonis; utpote turpis & ad inſidiandum vitæ promiſſoris invitans. Donell. *ad l. fin. num. 1. C. h.* Canones autem non tantum à peccato, ſed & à peccati ſuſpicione immunes nos eſſe volunt. *c. quarat. diſt. 3.*

Sed jam ſaltum faciamus ad *dotalia pacta*, & videamus, *an pactio de futura ſucceſſione inibi admittatur?* Sanè ſi legum & juris rationibus eſt nitendum, rectè dicere quimus, hujuſmodi pactum minimè valere, Schifordegker. *d. tr. quaſt. ult.* Fachin. *2. cap. ult.* cùm expreſſe pactum de futura conjugum ſucceſſione reprobetur, *in l. pactum. 15. C. h. l. 5. C. de pactis convent. &c.* Et pacta dotalia circa dotem tantùm, & donationem propter nuptias valere, certum eſt: extra caſum verò dotis & antenuptialis donationis, irrita pronuntiantur, *in t. t. ff. de pact. dotal. & C. d. pact. convent.* Tum etiam conſtat, pacta dotalia, contractus eſſe inter vivos, cùm in iis interveniat duorum conſenſus. *l. 1. §. 1. d. pact. dotal.* Igitur nec in vim donationis mortis cauſa, aut alterius ultimæ voluntatis ſuſtineri queunt. Denique pactis dotalibus teſtamento derogari poteſt, *l. 1. §. 1.* ibi: *ſtari pacto non debet, ob hoc quod dos prælegata eſt. ff. d. dot. præleg.* Gail. *2. obſervat. 78. in pr.* Sed cùm melius ac reverentius videatur, de pactis ſucceſſoriis quærere, quo jure nunc

re nunc utamur, quàm ſcire, quibus modis veteres juris conditores illa improbarint; ſcire omninò opus eſt, in Germania paſſim fieri dotalia pacta, de futura conjugum ſucceſſione, & ea valida eſſe, ac de conſuetudine & ſtatutis Germaniæ paſſim firmari, ajunt: idque & in Camera Imper. approbatum dicunt. Gail. *2. obſ. 117. num. 6. & obſ. 126. num. 6.* Mynſing. *cent. 2. obſervat. 33.* Heigi. *p. 1. quæſt. 23. num. 35. &c.* Quin & hoc procedere dicunt, etiamſi illa concernant liberorum ſucceſſionem. Sicque pro validitate horum pactorum, non tantùm in Scabinatu, verùm etiam in curia, unde non fuerit licitum provocare, pronuntiatum eſſe, Weſembec. ſcribit. *conſ. 71. num. 39. & 45.* & conſentit Heigius, *d. quæſt. 23. num. 17. An verò requirant 5. teſtes?* quod alibi Weſemb. & multi ſcribunt, non controverſia caret. Et ſanè magis eſt, ut valeant, dummodò de iis conſtet. Erneſt. Cothm. *reſp. 21. num. 20. &c.* Quamvis enim regulariter ſortiantur vim ultimæ voluntatis: Gœddæ. *conſ. Marp. 26. num. 102. vol. 1.* nam in tempus mortis conferuntur, quod eſt proprium ultimarum voluntatum; *l. Seia. 42. ff. d. mort. cauſ. donat.* de conſuetudine tamen contractuum propria recipiunt, & exindè oritur obligatio ex contractu; ita tamen, ut effectus ſuſpendatur uſque poſt mortem: hincque permutationis vim habere dicuntur. Mynſing. *reſp. 49. dec. 5. num. 8.* Proindeque, invitâ & contranitente altera parte, mutari non poſſunt. Licet jure VVurtembergico noviſſimo, contra ac in vetuſtiori, *part. 3. t. 8.* certa quædam ſolemnitas ſit præſcripta, quæ in eorum erectione obſervari debeat. Sed cùm, ut dixi, propiùs accedant ad naturam pacti, heres falcidiam deducere nequit, ſicut in mortis cauſâ donatione & alia ultima voluntate aliàs fieri ſolet. *Nov. 1. c. 4.* ubi Cujac. licet id Dn. Plebſtius velit. *part. 3. tb. 82.* Verùm hoc eſt notatu dignum, ſi in ejuſmodi pacto de tertii commodo agatur, tùm, etiam invito illo, conjuges id revocare poſſe: ſi nimirum ſine ſtipulatione tertii, pacta ſimpliciter & potiſſimum ob paciſcentium conjugum amorem inita fuerint, Bald. *in l. cùm à ſocero. circa fin. C. d. iure dot.* Dd. *ad l. qui Romæ. §. Flavius Hermes. d. V. O.* Nam ſi is, cui relictum quid ſit, fuerit præſens, & interpoſita ſtipulatione, id quod ſibi relictum eſt, agnovit, atque acceptavit, aut, eo abſente, Notarius pro eo ſtipuletur; eo caſu conjuges in præjudicium tertii hujus, qui ſtipulatione ſibi proſpexit, & jus ſuum ſolidavit,

ſine illius conſenſu, à placito reſilire non poſſunt. *l. cùm maritus. 29. §. 1. de pact. dot.* Plebſt. *th. 83.*

19. Renunciatio filiarum, quatenus earum heredes liget?

SÆpè fieri ſolet, ut filiæ renuntient hereditati paternæ, receptâ dote; eamque renuntiationem faciant, pro ſe, ſuiſque poſteris, & tum ante patrem, matremvè, cujus hereditatem ſolemniter recuſarunt, moriantur: Quæritur nunc, *an filia paterna maternaque hereditati renuntiantis heredes, ex propria perſona, ad illam hereditatem pervenire queant; maxumè ſi hereditati matris renuntiantis ſe immiſcuerint: ita ut factum defuncta præſtare debere videantur?* Et quidem renuntiatione ſimpliciter factâ, ſi renuntians deceſſerit patre adhuc ſpirante, non renuntiatio illa liberis nocet, quo minus hi avo vel aviæ ſuccedere, hereditatemque ejus petere poſſint; ut uno ore omnes ferè fatentur. Cævallos. *com. opin. 101. num. 11.* Kellenbenz. *quæſt. 33.* Etenim renuntiatio, de hereditate viventis, atque adeò nondum delatâ, facta, hanc tacitam recipit conditionem, ſi hereditas delata fuerit renuntianti. *l. qui ſuperſt. 94. d. acquir. hered. l. pactum. 5. C. d. collat.* Idq; locum tùm etiam habet, quando liberi renuntiantes, portione aliqua, vel filiæ, dote acceptâ, renuntiaſſent. Fachin. *3. c. 23.* jus enim filiæ diverſum eſt à jure nepotum, & propterea renuntiatio de uno facta ad aliud porrigi non debet. Sicque filia pro ſuo tantùm, non pro ſucceſſorum jure aliquid accepiſſe videtur. Et quamvis alii dicant, filiam, dote accepta, intelligi, portionem ſuam accepiſſe: id tamen ex ſola renuntiatione dependet; quæ, ut dixi, hanc habet adnexam conditionem, ſi hereditas paterna ſuperſtiti renuntianti fuerit delata. Quæ conditio propter filiæ mortem planè deficit; atque inde etiam corruit renuntiatio, & nepotibus ideò obeſſe nequit: paria namque ſunt, planè non factum, & conditionem deficientem extinctam eſſe. *l. pecuniam. 26. ſi cert. petat.* Attamen nihilominus nepotes ſuccedentes conferre tenentur id, quod filia mater eorum percepit, Kellenbenz. *d. quæſt. 33. numer. 33. &c.*

Major dubitatio eſt, *ſi filia pro ſe & heredibus ſuis renunciet nominatim:* Wann ſie für ſich und ihre Erben ſich verzeicht / dergeſtalt / daß weder ſie noch ihre Nachkommen / über empfangene Auß-

Außſtewr/ in Ewigkeit weder an Vätter: noch Müttterlicher Erbſchafft nichtzit fordern wölle noch ſolle/ ꝛc. Sanè hanc renunciandi formulam etiam nepotibus obſiſtere putant, quò minus ad avitam hereditatem pervenire queant, quantumvis filia deceſſerit vivo patre: ita tamen, ſi nepotes filiæ renuntiantis (ſuæ ſcil. matris) ſint heredes. Argumentum pro hac ſententia præcipuum illud eſt, quòd, ſi de heredibus nil fuiſſet dictum; heredes avi hereditatem petere potuiſſent: quare, ne fruſtratoria heredum mentio facta fiet, ſed ut neceſſe omnino eſt, aliquid operetur, credendum eſſe ajunt, etiam de heredum jure fuiſſe actum; quam rationem inprimis urget Minadous. *conſ. 12. num. 7. &c.* Sed contrarium pluribus arriſit, argum. *c. 1. ll. Feud. 26.* Marant. *diſputat. 10.* Tiraquell. *d. iur. primogen. quæſt. 40. num. 113. & 120.* Covarruv. *adc. quamvis. part. 3. §. 2. n. 4.* Onciac. *quæſt. Acad. 34.* Hartm. Piſtor. *quæſt Jur. lib. 4. quæſt. 7.* Licet enim heredum mentio fiat, attamen nihilominus in renuntiatione iſta, de portione tantùm illa, quæ filiæ per ſucceſſionem deferenda eſſet, agi videtur: namque cum filia, vivo patre renuntians, de eo, quòd ante patrem obitura ſit, ne cogitaſſe quidem videatur: ſiquidem id contra naturam, turbatoq; mortalitatis ordine fiat; *l. nam etſi parentibus. 15. d. inoff. teſt.* credibile haud eſſe videtur, illam heredes ſuos, quantumvis nominatos, in hunc caſum incogitatum obligare, atque ex hoc ipſorum jus in obligationem deducere voluiſſe. Potiùs igitur de eo tantùm heredum jure iſtud intelligendum erit, quod à filia, ſi patri ſupervixiſſet, ad ejus heredes perventurum eſſet. Sicque cùm apud omnes in confeſſo ſit, principalem filiæ renuntiantis obligationem hanc habere adnexam conditionem, ſi hereditas ei ſuperſtiti fuerit delata; ſequitur, illam etiam heredes ſuos non aliter, quàm ſub eadem conditione obligare voluiſſe: ideò hac conditione per mortem filiæ deficiente, tam filiæ, quàm heredum ejus obligatio penitus corruet, neque adeò ex renuntiatione iſta, amplius poterunt eſſe devincti. *l. neceſſario. 8. §. quod ſi. d. peric. & commod. rei vend.* Non etenim ex perſona heredis, ſive de his tacitè ſive expreſsè fuerit actum, conditio obligationis principalis immutari poteſt. *l. 2. §. ex his. 2. d. V. O.* Quin imo, cùm obligatio pendeat à principali promiſſione renuntiantis, utique neceſſe eſt, ut ſecundùm illam intelligatur. *c. acceſſorium d. R. I. in 6.* Neque etiam heredes contractui defuncti contravenire viden-

 tur,

tur, quando eo jure utuntur, quod ex ipſa contractus natura deſcendit. *l. quaro. 54. §. inter locatorem. 1. ff. locat.* Quin imò ajunt, etiamſi renuntians maxumè hoc vellet, & filiorum atque heredum facta mentione id ageret, ut nepotibus in jure ipſorum proprio præjudicaret; hoc tamen per ſe nullum eſſe, neque adeò nepotibus proprio jure avo ſuccedentibus obeſſe poſſe: certum enim eſt, quòd, licet ipſi nepotes cum avo paciſcentes renuntiarent ſucceſſioni avitæ; hoc tamen pactum eorum, tanquam invalidum ipſis non noceret, niſi etiam eorum juramento firmetur. Matris namque juramentum reſpicit duntaxat perſonam renuntiantis, &, ut res mere perſonalis, non tranſit ad heredes, neq; eos ligat. *c. veritatis. 14. x. d. iurei.* ubi hoc omnes notant CC. Unde non obſtat, quod adverſantes dicunt: aliquem etiam de re propria heredis diſponere, contrahereque poſſe; id enim duntaxat iis in negotiis procedit, quæ legibus non adverſantur, qualia ſunt pacta de ſucceſſione, regulariter prohibita, & certo modo tantùm conceſſa. Sed occurrunt plures de Renuntiationibus Quæſtiones, ſat graves & intricatæ; puta: *An renuntians fratri ſuo pro certa ſumma, & cum iuramento, totum ſibi competens & competiturum, in & ſuper hereditate, & bonis parentum ſuorum, tàm ratione legitimæ Paternæ, quam maternæ & ſupplementi earundem;* ac etiam *ſi in contractu adiiciatur: ſi quidplus valet, id totum dono; poſſit extante enormiſſima læſione, & non obſtantibus iuramento, & dicta clauſula, agere ad reſciſſionem contractus, & conſequenter petere dicta legitima ſupplementum?* vide Ludovic. à Peguera. *in deciſ. ſuis, deciſ. 137. An filius per renunciationem generalem factam de bonis paternis, viſus ſit renunciare legitimæ?* idem tradit Peguera, *deciſ. 138. An filia Monaſterium ingreſſa, renuncians, excludatur à fideicommiſſo?* Maſtrill. *1. deciſ. 65. An filia renuncians, mortuo fratre, cum ſororibus ſuccedere poſſit?* Daſſel. *conſil. 10. De Promiſſione Mariti,* daß er wolle ſein Ehfraw zum renunciren bewegen / vide Meichſner. *deciſ. tom. 1. fol. 394.* Qui idem *de Renunciatione conditionaliter facta,* agit; *tom. 3. deciſ. 2.* ac *de conſuetudine;* daß die Fœminæ ipſo Jure abgewieſen / *tom. eod. deciſ. 4.*

Tit.

TIT. XV.
DE TRANSACTIONIBUS.

20. *An Pater de bonis filii adventitiis tranſigere queat?*

OLim ſanè patri in ſolidum, ſive pleno jure, acquirebantur bona adventitia filiorum, tam quoad dominium, aut proprietatem, quam quoad uſumfructum. Poſtmodum verò æquius viſum fuit Iuſtiniano, ut ſi quis filiusfam. aliquid ſibi acquiſiverit, quibuſcunque de cauſis, dummodò non ſit ex ſubſtantia ejus, cujus in poteſtate eſt; id ſuo parenti, non in plenum, ut antea ſancitum erat, ſed uſque ad uſumfructum tantumodò acquirat. *l. cum oportet. 6. C. d. bon. quæ lib. l. fin. C. d. bon. matern. §. 1. Inſt. per quas perſ. nobis acquir.* Vivius. *com. opin. lit. F. verſ. filio quæritur. & lit. P. verſ. Pater habet uſum fructum.* Baſis autem & fundamentum hujus acquiſitionis adventitiorum, eſt patria poteſtas. *l. 1. l. cum oportet. 6. C. d. bon. quæ lib.* Et propter hanc patriam poteſtatem, vi cujus Pater conſequitur uſumfructum, efficitur per legem legitimus adminiſtrator bonorum filii, & tam in judicio, quàm extra judicium, omnia gerere poteſt, nec ad ſuſcipiendam & petendam adminiſtrationem, decretum aut facultatem judicis requirere tenetur: *l. 1. C. d. bon. matern.* ibique Pinel. *part. 2. num. 63. l. cum oportet. §. ult. C. d. bon. quæ lib.* ac item expedit omnia, etiam ſpeciale requirentia mandatum. Burſat. *conſ. 21. n. 4. lib. 1.* Similiter pater legitimus bonorum filii adminiſtrator, abſque ejus conſenſu, ante & poſt litem conteſtatam, procuratorem conſtituere poteſt. Pinel. *ad l. 1. part. 2. C. d. bon. matern.* Ac licet patria poteſtas aliàs morte filii diſſolvatur: *in pr. Inſtit. quibus mod. ius patr. poteſt. diſſolv.* tamen uſusfructus patri quæſitus vivo in adventitiis bonis, non finiur mortuo illo, ſed durat ad mortem uſque patris. *l. 4. C. d. bon. quæ lib. l. ult. C. ad Sc. Tertull.* Verùm quandoque patri uſusfructus adimi ſolet; qua de re ad finem hujus quæſtionis, adjicere libuit conſilium Ioh. Georgii Beſoldi, fratris mei, piè jam defuncti. Cùm vero uſusfructus acquiſitio *patri* adempta non eſt, *utrum is tanquam legitimus adminiſtrator filiifamil. in poteſtate exiſtentis, bona ipſius abſque decreto alienare poſſit?* diſputatio eſt neceſſaria, & variorum caſuum conti-

continens reſolutionem. Primò autem dicunt, patrem bona mobilia liberè, & abſque omni decreto alienare poſſe; Mynſing. *cent. 5. obſerv. 61.* omnis namque dubitatio, quam hîc interpretes movent, duntaxat immobilia concernit, nec de mobilibus faciunt mentionem. Sed tamen & hoc obſervandum eſſe puto, ut in bonis, quæ immobilibus accenſentur, puta annuis reditibus, &c. aut etiam in mobilib. pretioſioribus, idem, quod in verè immobilibus jam modò dicam, videatur obtinere. Secundò de immobilibus dicunt, patrem nulla ſubſiſtente neceſſaria & legitima cauſa, minimè poſſe bona immobilia alienare. *per text. in l. 1. & 2. l. ult. C. d. bon. matern. l. f. §. ipſum. 5. & §. ſi autem æs alienum. 4. C. d. bon. quæ. liber.* Hincque Simoncellus. *d. decret. lib. 3. t. 8. inſpect. 1.* rectè probat, quòd is, in quem pater immobilia alienavit, non poſſit vitare condemnationem; niſi probet alienationem ex neceſſaria legitimaque cauſa factam eſſe. Et in dubio, fundatam eſſe cenſent intentionem filii vindicantis rem ita alienatam. Sin autem neceſſaria adſit cauſa, puta æs alienum, ſuſtentatio filiorum, &c. alienatio patri conceſſa exiſtimatur, etiam abſque decreto, hæcque opinio magis communis videtur Pinel. *ubi ſupra. num. 21.* Maſcard. *concluſ. 1149. num. 19.* ac vid. *l. cum non. 8. §. ubi. 3. C. d. bon. quæ. liber.* Gail. *2. obſ. 72. num. 14.* Tum demùm enim, quandò pater tutor vel curator eſt filii emancipati, is res filii immobiles, abſque decreto alienare nequit, ſed omnes ſolemnitates obſervari debent, quibus alii tutores aut curatores adſtringuntur. *l. ſi pupillor. 7. §. ſi pater 2. ff. de reb. eorum. l. cum emancipatis. 3. C. d. præd. minor.* Pater autem, legitimus adminiſtrator & uſufructuarius bonorum adventitiorum, ſatiſdare non tenetur, nec rationem reddere adminiſtrationis. *l. cum oportet. 6. § non autem. 2. l. f. §. ſin autem. 4. C. d. bon. quæ. lib.* Lex enim de patre erga filios maxumam confidentiam habet, & præſumit, illum magis diligere filium, quam ſemetipſum, nec dubitat, quin pater bonum conſilium capiat pro filiis, eorumque bonis. Tiraquel. *in l. ſi unquam. C. d. revoc. donat. num. 25.* Non tamen omittendum eſt inventarium, aut ad minimum aliqualis deſcriptio bonorum adventitiorum. Mynſing. *d. obſerv. num. 3.* ubi tradit, quod tali in caſu per Notarium, in præſentia patris & filii, & duorum amicorum, illa deſcriptio ritè commodèque peragi queat: tunc enim, eveniente morte, facilior probatio eſt, & inter diverſorum matrimoniorum liberos, lites infinitæ hac ratione præcaventur. Hiſce

Digitized by Google

Hiſce præmiſſis jam quæſtio præſens: *an Pater poſſit tranſigere de bonis adventitiis filiorum?* pertractanda erit. Et quidem, cùm pater prohibeatur alienare, videtur, eum nec compromittere poſſe; pro regula namque noſtrates tradunt: eum, qui alienare nequit, nec compromittere poſſe, ut notatur *ad c. cum tempore. extr. d. arbitr.* per quem text. generaliter id receptum eſſe ſcribit Iaſ. *in l. fin. num. 119. C. d. iure emphyt.* Ex eodem quoque fundamento dici, poſſe videtur, nec, circa illa bona, patrem tranſigere poſſe, per *text. in l. non ſolum. 4. C. d. prad. minor.* & indè compromiſſum ac tranſactio æquiparantur: Lanfranc. *d. arbitr. part. 3. num. 3.* namq; pro ſpeciebus alienationis habentur. *l. 1. §. 1. ff. d. offic. procurat. Cæſar.* Inde videtur, patrem tum demùm compromittere vel tranſigere poſſe, cùm, ut quibuſdam in locis, ſtatuto introductum eſt, ut de lite inter familiares ſuborta, tranſactio vel compromiſſum ſuſcipiatur: fit enim id ex neceſſitate legis, & conſequenter ceſſat argumentatio à prohibita alienatione. Communiter ajunt, patrem poſſe in adventitiis tranſigere, ut tutor in rebus pupilli, per *l. Præſes. 12. C. d. tranſact.* præterquam quod ſolemnitatem decreti haut neceſſariam putant: nempè patri ſemper plus quàm aliis adminiſtratoribus eſt tribuendum, ut jam monui ſupra, decreti nempè remiſſio. Ergò judicis diſcreti eſt, arbitrari, an compromiſſum vel tranſactio utiliter vel prudenter à patre fuerit ſuſcepta. Sed pro hac ſententia affirmativa vide Iaſon. *in l. Praſ. Cod. d. tranſact.* Arium Pinel. *ad l. 1. part. 3. num. 44. &c. C. de bon. matern.* Tileman. *diſput. 8. theſ. 9.* contra Cujac. *ad l. 10. ff. de tranſact.* Poſt Salicet. *ad l. 12. C. eod.* Non obſtat *l. 1. C. de bon. matern. & l. ult. §. fin. autem. 4. C. de bon. qua liber.* vide. *l. 2. §. 1. ff. ſolut. matrimon. l. Præſes. C. d. tranſact.* Gail. *2. obſerv. 72. num. 14. &c.* Borcholt. *de tranſact. cap. 4. num. 11.* Menoch. *conſil. 479. lib. 3.* Caſtill. *de uſufruct. cap. 3.* Ex iiſdem ferè fundamentis diſputatur: *An Vaſallus, abſente vel ignorante Domino, poſſit tranſigere cum alio, ſuper feudo?* Id enim concedunt noſtrates, ſi non fraude, ſed decidendi cauſa id fuerit factum; decidendi verò cauſa de feudo tranſigere dicitur vaſallus, ſi ita tranſigat, ut ipſa tranſactione ſibi feudum retineat, & à parte adverſa, atque lite per eam de feudo mota, ſe liberet: & hæc controverſia carent. *Diminuendi* verò *cauſa, an vaſallus tranſigere queat, id eſt, ut feudum vel eius pars, ad adverſarium transferatur?* dubitatio major eſt. Et quidem ajunt

eam ratam eſſe quoad ipſum vaſallum, per text. *in t.26. §. ſi vaſallus. lib. 2. feud.* ac per ejus vitam, domino verò nil præjudicari. Bocer. *de iure vaſalli f.368. V.* Clar. §. *feud. quæſt. 38.* Borcholt. *d. feud. c. 8. num. 44.* (ubi contraria diſſolvit) Roſenthal. *d. feud. cap. 9. concluſ. 19. ac ſeq.* Addat. noviſſimè Georg. Adam Struven. *in ſyntagm. Feud. cap. 12. aphor. 8.* ubi hanc quæſtionem prolixè examinat.

Es hat Anna / weylandt H. ſeel. nachgelaßne Wittib / in hiebeyneben liegend ordenlich auffgerichtem Teſtament / ihren Vetter Jacob N. gleichwol zuſamt deſſen zwo Schweſtern / für einen Erben ernannt / und deme noch ferner etlich ſtattliche prælegata zum voraus geſchöpfft / doch beyneben außtruckenlich verſehen / daß im fall beſtimbter Jacob N. vor ſeiner Haußfrau Urſula / GOttes gnädigem Willen nach / Tods verfahren würde / Alsdann nicht allein obbeſchriebne prælegata, ſondern zumahl auch das jenig / welches ihm in gehaltner gemeiner Theilung / noch ferner Erblich gedeyen würdt / in keinen Weg auff ſein / alßdann überbliebne Wittib / ſondern gänzlich auff die Kinder kommen und fallen ſolle / damit nemlichen ſolches alles / in der Freundſchafft Handen verbleiben / und nicht etwan in frembder Leuth Händ gerathen möchte / ꝛc. Wann dann unlangſt nach anfangs benannter Teſtiererin ableiben / auch er Jacob / die Schuld menſchlicher Natur bezahlt / alſo was ihme diß Orts von ſeiner Baſen zugeſtanden / nunmehr deſſen noch der Zeit minderjärigen Kindern / ſamentlich und ohn allen Streit alleinig gebühren thut: würdt demnach gezweiffelt / ob / ſo lang berührte Kinder noch ohnverheyrathet / aufs wenigſt dero Mutter / Jacob N. geweßter Ehefrawen Urſulæ / der uſusfructus oder Nieſſung vielerwehnter Erbſchafft / von Recht und Billigkeit wegen / gebühren thue?

Hierauff nun mein ringfügiges Bedencken mit kurtzem zuentdecken / halt ich in keinen Weg darfür / daß der Mutter / dero Kinder gehörter maſſen anerſtorbnen Guts-nutzung oder Beſitz möge entzogen werden; und zwar auß folgenden Urſachen: weil benanntlich fürs erſt / im Fürſtlich. Landtrechten fol. 339. §. wann es ſich auch begäbe / ꝛc. & §.§. *ſeq.* lauter diſponirt und verſehen / daß / wann auff abſterben deß einen Ehegemächts / den gelaſſenen Kindern / weil ſie / noch unverheurath / underhalten und erzogen werden / noch etwas weiters / mit oder ohne Teſtament / Erblich oder in ander Weg zuſtünde / daſſelbig nach vorgehender Inventierung / demſelben überbliebnen Vatter oder Mutter / auch zu verwalten und zu nieſſen übergeben und zugeſtellt werden ſolle / ſo lang die Kinder alſo in der

Elter

Elter Underhaltung und Zucht ſindt: Es wäre dann/daß den Kindern ſolche Gütter durch letſten Willen/oder in ander Weg/dermaſſen außtruckenlich verſchafft/ oder ſonſt zugeſtellt weren / daß es mit Nieſſung und Eygenthumb ihr eygen ſeyn / und ihnen ſelber fürſchlagen ſolte.

Wann nun in gegenwärtigem Fall / von ihr Teſtiererin der Nieſſung halb/ wem nemblich auff jetz gegebnen Fall/ da der Vatter Jacob N / nach ſeim tödtlichen ableiben noch unerzogne Kinder hinderlaſſen würdt/ſolche Nieſſung alsdann gehörig ſeyn ſolte/nicht außtruckenlich verſehen / ſoll es billich bey vorangedittener gemeiner deß Fürſtl. Landtrechtens wolangeſehener verordnung bleiben/ und der Mutter / über daß ſie von ſtrittigen Güttern nichts ererbet/ auch ferner in keinen Weg/die/gegen Erhaltung der Kinder/ zur ſchuldigen Danckbarkeit/ gebührende Nutzung entzogen werden.

Und obwohl/ fürs ander/ in dergleichen Fällen / und da / ob Vatter oder Mutter ihrer Kinder bona adventitia zu nieſſen haben/ auch allerhand conjecturæ oder Vermuthungen ſtatt finden / und zumahl auß ſelbigen erlernet werdē kan/ob der jenig/ſo einem Sohn/ welcher noch under ſeines Vattern Gewalt/etwas außgemacht/oder ſonſt übergeben / ſolches eben mit dieſer condition und Beſcheidenheit gethan/daß dem Vattern hievon die Nutzung nicht gehören/ſondern dem Sohn fürſchlagen ſolle: & uſusfructus adventitiorum non quæratur patri, cùm quando prohibitio ſpecificè facta fuit; tùm & quando conſtat quoquo modo, etiam ex conjecturis, de voluntate relinquentis. Pet. Surdus. *conſil. 116. ferè per tot.*

So iſt jedoch hinwiederum abermahl wohl verſehenen Rechtens/ das ſolche Vermuthungen ohnzweiffenlich / eaque verba talia eſſe debeant, ex quibus nihil aliud, quàm perceptionis uſusfructûs prohibitio deduci poſſit. *auth. excipitur. Cod. d. bon. quæ liber*, ut poſt multos, quos allegat, tradit Iohann. de Caſtillo. *tr. d. uſufructu. cap. 3. num. 57.*

Wann man aber den im anfang gedachten Teſtaments geſetzten context eigentlich beſihet / iſt darinnen der Nieſſung / und daß auch ſelbige auff die Urſula nimmer gelangen ſoll/nicht allein in keinen Weg gedacht/ ſondern es geben zumahl die letſt geſetzte Wort: Damit ſolches alles/ (was nemblich Jacob N. inſtitutionis, vel legati titulo angefallen) in der Freundſchafft Hand verbleiben / und nicht etwann in fremder Leuth Händ gerathen möcht/ꝛc. lautter/ und mehr dann gnugſam zu erkennen / daß die Teſtiererin von dem

uſufructu der ſtrittigē Güter/ uñ wem ſelbiger/ alldieweil die Kinder noch minderjärig/ gebühren ſolle / ledig nichts diſponiren/ ſondern allein verordnen wöllen/ das ſelbige nach Jacob N. deß eingeſetztē Erben ableiben/ nicht pro rata (wie ſonſt/ Krafft Landrechts/ beſchehen were/) auff die Mutter/ und folgends von ſelbiger in ein fremdes Geſchlecht / oder villeichten in ſecundo matrimonio erzilte Kinder fallen / ſondern allerdings bey deß Jacoben Stamm verbleiben ſolle. Welcher Verordnung und der Teſtiererin letſtem Willen dann ein völlig benügen geſchicht/ und Krafft ſelbiges bemeldte Gütter bey der Freundſchafft/ oder den bedachten Kindern / nichts deſto weniger verbleiben / ohngeacht die Mutter hievon ein Zeitlang den Nutzen hat.

Es mag auch nicht weniger auß ſolchen Wörtern / auff die Kinder gäntzlich fallen/ ꝛc. diß Orts nichts widerigs geſchloſſen werden ; cùm illa verba : Integra bona filiis præſtentur , vel quicquid inventum fuerit in bonis meis filio tradatur, vel reſtituatur, etiamſi adjectum ſit , ſine ulla diminutione ; non neceſſariò inducant ademptionem uſusfructûs ; ſed alium ſenſum ſatis ſanum & non inutilem recipiant , ſcilicet ne prætextu aliquarum quarumcunque rerum, aliquid ex bonis Teſtatricis filio detrahatur ; prout in terminis, huicque noſtro planè ſimillimo in caſu docet clariſs. JC. Ferd. Vaſquius. *d. ſucc. progreſſu. §. 26. n. 32.*

Quæ traditio non exiguum robur accipit ex *L. 25. ff. d. verb. ſignif.* ubi habetur : rectè eum fundum totum noſtrum eſſe dici, etiam cùm fructus alienus eſt ; quia uſusfructus non dominii pars, ſed ſervitutis ſit : nec falsò dici , totum meum eſſe , cujus non poteſt ulla pars dici alterius eſſe : Et ſic, quamvis, in noſtro caſu, teſtatrix voluerit totam hereditatem , poſt inſtituti heredis mortem, ad fideicommiſſariè ſubſtitutos pervenire liberos ; non tamen inde , & eo quoque commodo à teſtatrice privatam eſſe ſubſtitutorum matrem , cenſendum eſt, quod modo dictæ matri, intuitu onerum nutritionem & educationem ſubſequentium, juris noſtri municipalis, æqua largitur benignitas : cùm & nudo uſufructu per aliquot annos matri competente, nihilominus totam teſtatricis hereditatem ad ſubſtitutos liberos delatam eſſe, non abſurdè dicatur.

Neben dem auch / fürs dritte / daß ein jedweder teſtator ſein Willen den üblichen Rechten habe wollen ehnlich oder gleich machen/

chen/ erachtet; & teſtatorem voluiſſe voluntatem ſuam juri communi conformare, in dubio præſumirt werden muß. *l. quæro. 54. §. inter locationem. 1. ff. locati. l. quidam cum filium. 132. d. Verb. oblig. l. omnia. 32. §. in fideicommiſſ. 6. de legat. 2.* Ac cùm, de jure municipali, quæratur matri uſusfructus in bonis filii; & proinde, cùm non aliud appareat, ita debeat intelligi teſtationem ordinatam fuiſſe, quomodo jus diſponit, utque matri quæratur uſusfructus:

So iſt jedoch/ ſonderlich in gegenwärtigem Fall/ in allweg zu muthmaſſen/ daß wann die Teſtiererin hierum ſolte befragt werden/ ſie in keinen Weg der Urſulæ/ jetz übel ſtrittiggemachten uſumfructum würde abſprechen: in erwegung ſelbiger ſich gleich nach der Kinder Verheurathung endet/ und mit nichten deme uſufructui gleich iſt/ welcher de jure communi, dem Vatter auf den adventitiis filii bonis gebühret/ und erſt mit deß Vatters ableiben auffhöret; auch die Mutter/ ihre Kinder in beſſerer Underhaltung/ Zucht/ Wart und Acht zu nemmen/ inſtigiren oder verurſachen thut/ und darumben gantz favorabilis: hingegen deſſen privatio nicht unbillich pro odioſa zu halten ſcheinet. Odioſa autem reſtringenda, favorabilia verò amplianda veniunt. *per vulg.* Geſtaltſame fürs Vierdt/ ſolches alles noch mehr klärlich hierauß erſchienet/ in dem die Teſtierende Anna N. in ihrem Teſtament §. Nemlichen Saræ/ ꝛc. auch Johan. N. ehelicher Haußfrawen noch lebenden dreyen Kindern/ ein theil deß Saltzbrunnens zu S. legirt/ und zumahl diſponirt/ daß hierinn ein Kind das ander erben/ die Mutter aber hiervon allerdings und gäntzlich excludirt und außgeſchloſſen ſeyn ſolle; hernacher aber in §. Deßgleichen Heinrich N ꝛc. *prope finem.* eben zuvor geſetzte clauſulam, allerdings und gäntzlich excludirt/ ꝛc. expreſsè alſo interpretiren und deutten thut/ das nichts deſtominder Johan. N. Haußfraw/ ihrer minderjährigen Kinder legata, biß zu deren Verheyratung haben ſoll. Wann nun die Teſtiererin dieſe verba, gäntzlich kommen/ ꝛc. in einem Ort einig und allein ad proprietatem reſtringirt/ und daß durch ſelbige der Mutter der uſusfructus, ſo lang die Kinder ledigs Standes/ nicht benommen ſeyn ſoll/ ſich mit runden Worten erklären thut; ſo müſſen un̄ ſollen eben die/ oder allerdings dergleichen Wort/ nicht weniger in den übrigen paragraphis ejuſdem teſtamenti vel ſcripturæ, auch planè eundem ſenſum haben/ und anderſt nicht/ als wie die Teſtatrix ſich anderswo erklärt/ außgelegt werden.

Nec etenim dubii aut incerti juris eſt, Teſtamenti partem unam, per aliam declarari, argum. *l. utrum. 23. ff. d. petit. hered.* Sim. de Pratis. *tr. d. ult. volunt. interpret. lib. 2. int. 3. dubit. 1. ſolut. 3. num. 68.* Cravett. *conſ. 62. num 12.*

Endlichen dienet hierzu nicht wenig/das regulariter auch auff einem Lehen/ſo von der Mutter Eini auff den Sohn kommt / nichts deſto weniger der Vatter den Nutzen hat/ arg. *c. 1. circa fin. 11. F. 1.* Alvarott. *in c. un. num. 7. de nat. ſucceſſ. feudi.* quem ibi ſequitur Præpoſitus. *num. 2. inf.* Petr. Raven. *in fin.* Curt. *part. 3. memb. 2. num. 46.* Sonsbeck. *part. 7. n. 7. &c.* Hannet. *lib. 1. cap. 6. pag. 70.* Schneid. *part. 6. c. 4. num. 7.* Iaſ. *in l. filiusfam. n. 157. de leg. 1.*

Darumben dieſe/als ein fideicommiſſum familiæ, auff Jacob N. noch unerzogne Kinder gelangt und kommene Güter / auch der Mutter/ ſo lang die Kinder under dero Underhaltung/ billich ſollen gelaſſen werden.

Ac ita ſentio, ſaniori tamen doctiorumque ſalvo ſemper Iudicio ac cenſura, cui me ſubjicio meritò lubens.

21. *An læſio immodica tranſactionem bona fide initam reſcindat?*

QUæſtio hæc admodùm eſt controverſa, hacque de re nec pragmatici ipſi, nec municipalia provinciarum ſtatuta, nec etiam Cameralia præjudicia, convenire videntur. Sane conſtitutione regia apud Gallos, Sabaudos & Pedemontanos ſancitum eſt, ut prætextu immodicæ læſionis tranſactiones non reſcindantur. Gregor. *ſyntagm. 27. c. 3.* Anton. Faber. *in Cod. t. 4. defin. 10. lib. 2.* Papon. *2. notar. 9.* idemque Hiſpaniæ ordinationibus eſt receptum. Gutierrez. *pract. quæſt. lib. 2. qua. 141.* Hanceque ſententiam multis præjudiciis, in ſupremo Imperii Rom. Iudicio confirmatam eſſe, atteſtatur Gail. *2. obſ. 70.* & eandem ſequi Conſilium Neapolitanum, ſcribit Afflict. *dec. 220. n. 2.* In diverſam partem profertur Luſitaniæ lex. Gama. *deciſ. 10.* quam etiam aliquando Aſſeſſores Cameræ Imperialis amplexos fuiſſe, indicat Mynſingerus. *cent. 6. obſ. 91. in fin.* atque expreſſè eandem confirmavit Auguſtus Sax. Elector. *conſt. part. 2. c. 34.* Et item Wittembergicum jus. *part. 2. t. 22. in fin.* ubi diſertè conſtitutum eſt: Das wer in gütlichen Verträgen/über den halben Theil deß jenigen/ ſo ihme von Rechtswegen gebührt/ vernachtheilt worden / er entweder

der umb reſciſſion ſolchen Vertrags/ durch Rechtliches Klagen anſuchen: Oder aber/ ihm den Mangel von ſeinem Gegentheil nochmahlen ergänzt zu werden/ begehren möge. (ubi tamen illud, in tranſcurſu, ſingulare notandum eſt; quòd, licet aliàs JUS W. in quovis alio negotio, remedium *l. 2. C. d. R. V.* ob læſionem ultra Tertiam concedat. *p. 2. tit. 14. princ.* in Tranſactione tamen ſolâ Læſio requiratur ultra Dimidiam: in quo conforme eſt juri communi.) Hancque ſententiam, propter æquitatem, quam fovet, Ius canonicum dicitur canoniſaſſe. Verior tamen ea opinatio videtur, quæ vult, ob immodicam læſionem, tranſactionem, bona fide initam, non irritam fieri poſſe, nec reſcindendam eſſe, per *l. non minorem. 20. C. d. tranſact. l. cum hi. 8. in pr. ff. eod. l. Lucius Titius. 78. §. fin. ad SC. Trebellian. Add. l. 65. §. 1. d. condict. in deb.* Hackelm. *illuſtr. 2. th. 21.* Tileman. *diſput. 8. th. 27.* & pleniſſimè poſt. Ant. Fabrum, Schifferdegkerus. *lib. 2. tract. 25.* fruſtra diſſentiente per *l. ſi ſuperſtite. 5. C. d. dolo. & l. ſi quis. 36. ff. d. verb. oblig.* Pinello, aliiſque. vid. Daſſel. *conſ. 22.* Sanè *l. rem. 2. C. de reſc. vendit.* tale continet jus, quod toti veteri juriſprudentiæ, incognitum fuit, & exindè nulla ratio adduci poteſt, ex quâ dicendum ſit, voluiſſe Impp. idem jus conſtituere in tranſactione: nam & tranſactio non numeratur inter bonæ fidei contractus, neque etiam quicquam cum venditione commune habet. Ac, ſi ad hoc jus inducendum, in contractu venditionis, neceſſaria fuit conſtitutio ſpecialis, quantò magis, abſque expreſſa lege, in tranſactione hanc reſciſſionem admittere non debemus? cùm maximè generalem habeamus legislationem: cauſas vel lites tranſactionibus legitimis finitas, Imperiali reſcripto reſuſcitari non oportere. *l. cauſas 16. C. h.* Accedit huc, quod ea tantùm tranſactio invalida pronuntiatur, quæ nullo dato, aut retento procedit. *l. tranſactio, 38. C. h.* non, ubi minus vel plus fuerit datum vel remiſſum. Hincque Ulp. ſcribit *in l. cum hi. 8. in pr. ff. h. Cùm hi, quibus alimenta relicta erant, facilè tranſigerent, contenti modico præſenti; D. Marcum oratione in Senatu recitatâ effeciſſe, ne aliter alimentorum tranſactio rata eſſet, quàm ſi auctore Prætore facta eſſet.* Ex quo reſcripto apparet, ſi modicum fuerit datum, id non infirmare tranſactionem: aliàs enim tranſactiones circa alimenta factæ ex eo capite reſcinderentur, nec indigerent auctoritate Magiſtratus; quæ certè ideò adhibetur, ut is diſpiciat, ne, qui alimenta per tranſactionem remittit, modicum accipiendo, læſionem incurrat. Ac

item *in l. Luc. Tit..78.§.fin. ad Trebell.* diſertè mentio fit quantitatis minimæ, & tamen tranſactio facta ibi non irritatur. Nec minùs pugnat pro nobis ratio naturalis. Sanè, ut tranſactio reſcindatur ad exemplum venditionis, omninò læſio neceſſaria eſt, eaq; non incerta, & quæ adfuerit tempore contractus. *l.8.C.d.R.V.* Atqui, cùm tranſactionum ea natura ſit, ut de re dubia, ac incerta fieri debeant; inde nullo modo dici poteſt, eas læſionis prætextu reſcindendas eſſe: quotiens namque de re dubia & incerta quæſtio eſt, læſio allegari nequit. *l. ſi ea Lege. 17. C. d. uſur.* cùm res incerta non certam habeat æſtimationem. *l. ubi autem. 75. d. V.O.* Tandem tranſactio comparatur rei judicatæ, *l. non minorem. 20. C. h.* & etiam jurijurando; *l. quod ſi. 21. ff. de dolo. l. iuiurandum. 2. l. admonendi. 31. l. Tutor. 35. §. 1. de iureiur.* quorum neutrum, læſionis alicujus prætextu, reſcindi poteſt. *t. t. C. d. ſent. reſcind. & t. t. ff. de iureiur.* Contrariæ ſententiæ autores nituntur imprimis *l. ſi ſuperſtite. 5. C. d. dolo.* ubi Diocletianus & Maximinianus Amphrodiſiæ reſcribunt: *Si immodicè læſa ſit, actionem ei non de dolo, propter paternam verecundiam, ſed in factum ſubſidiariam eſſe tribuendam.* Cùm igitur in ſpecie hujus legis præſupponatur, filiam immodicè læſam eſſe, & ei actio concedatur, videtur contrariam ejus, quam hactenus firmavimus, opinionem amplectendam eſſe. At reſponſio videtur eſſe in promptu; Locus enim hic ita accipi debet: ſi immodica illa læſio intervenerit dolo patris; nos vero loquimur de eo caſu, ubi bona fide tranſactio fuerit facta. Lex etenim ait, competituram eo caſu actionem de dolo filiæ emancipatæ, contra patrem, ni paterna verecundia obſtaret, ideoque ad ſubſidiariam in factum actionem prætoriam recurrendum eſſe. Atqui haud dixerit ullus, ob dolum, qui ſit duntaxat in re ipſa, non etiam in adverſarii perſona, de dolo agi poſſe: namque actio de dolo, cùm ſit in perſonam, atque infamiam importet, ob id nec inter quoslibet competit, quamdiu alia actio, aut civilis aut honoraria, competere poteſt. *l. 1. §. pen. & ult. ff. d. dolo.* nec inter patrē & liberos, tametſi alia actio nulla ſit. *l. non debet. 11. ff. eod.* Ergò hîc talis dolus neceſſe eſt, ut intervenerit, qui ſit verus, non præſumptus: aliàs namque non potuiſſet dubitari, an proptereũ adverſus patrem competierit filiæ actio de dolo. Præterea *in d. l. 5.* non tractatur de immodica læſione, quæ intervenerit in contractu venditionis aut alio ſimili, in quo liceat contrahentibus ſe in pretio decipere; ſed in eâ ſpecie, in quâ nulli deceptioni lo-

cus

Digitized by Google

cus relinquebatur citra dolum malum: cùm ageretur de rationibus reddendis à patre, qui filiæ emancipatæ geſſerat tutelam. Proinde ſi, cùm rationes reddere pater deberet, ex quibus certum erat, eum filiæ plurimum debiturum, extorſerit ille à filiâ liberationem; fieri non poteſt, quin id fecerit dolo malo, ideoque filiæ debeat teneri, non quidem actione de dolo, propter reverentiam paternam, ſed actione ſubſidiaria in factum temperanda. Sed ais, textum loqui de tranſactione interpoſita bona fide. Verùm dici poteſt, id intelligendum eſſe tantùm de filia, non de patre: Ajunt enim Impp. *poſtea tranſegiſti cum eo bona fide.* Quòd vero ſubjungitur mentio immodicæ læſionis, id eò fine fit, quia, ſi læſio modica eſſet, non facilè prætor daret actionem in factum ſubſidiariam actionis de dolo, pro modica ſumma: *l. ſi quis. 9. §. merito. ult. & l. id eſt. 10. ff. d. dolo.* præſertim contra patrem. Opponitur porrò *l. ſi quis. 36. d. V. O.* ubi Ulp. reſpondet: *Quia per dolum obligatus eſt, competit ei exceptio. Idem eſt, etſi nullus dolus intercesſit ſtipulantis, ſed ipſa res in ſe habeat dolum: Cùm enim quis petit ex ea ſtipulatione, hoc ipſo dolo facit, quod petit.* Ex quibus verbis adverſantes, & inprimis Fachinæus, hunc conſtituunt Syllogiſmum: Ab Ulpiano dolum ex propoſito, & dolum in re ipſa æquiparari; Sed ex læſione immodica ultra dimidium, dolum in re ipſa apparere: Ergò idem ſtatuendum eſſe, ac ſi dolus ex propoſito intercesſiſſet; quo caſu tranſactio reſcindi debet. *l. & eleganter. 7. ff. de dolo. l. ſi quis. 9. §. item ſi. 2. ff. h.* Verùm quòd Ulpianus ſcribit, aliquandò rem ipſam dolum inſe habere, & eo caſu, perinde ac ſi dolus ejus interveniſſet, doli mali exceptionem ſtipulanti nocere; non ad eum caſum referri debet, quo læſio enormisſima in pretio intercesſit; ſed ad alios innumeros pleroſque, in quibus accidere poteſt, ut res ipſa in ſe dolum habere videatur; puta ſi ſtipulatio facta ſit ſine cauſa: *l. palam eſt. 2. §. circa. 3. ff. d. doli mali except.* aut de ea re, cujus ſtatus jam tum, cùm ſtipulatio interpoſita eſt, fuerit mutatus ignorante tam ſtipulatore quàm promiſſore; & aliis hujuſmodi caſibus, quibus evenit, ut, quamvis ſtipulator ab initio nil fecerit dolo, doli tamen exceptione debeat repelli; quia hoc ipſo dolo faciat, quod nunc petat: Ant. Fab. *dec. 1. error. 7.* & Donell *ad d. l. 36. num. 4.* *An tranſactio, dolo adverſaris dante cauſam contractus, vel doloſa re ipſa, ex cauſa enormisſima læſionis, reſcindi, & annullari posſit?* diſputat

ſputat etiam Ludov. à Peguera. *deciſ. 165.* Et relationem in cauſa tranſactionis, & contra eam exceptionem, ac item de fructibus, habet Iohann. Meichſner. *tom. 1. deciſ. 18.*

22. *De crimine capitali, num tranſigi queat?*

CRimina, quæ ſanguinis habent pœnam, recipiunt tranſactionem: ac proinde nec reus tranſigens pro confeſſo habetur, nec accuſator pœnâ SCti Turpilliani coërcetur. Vid. Padillam, Delrio. *n. 62.* Donell. *n. 3.* Matth. Gloc. *part. 1. c. 1.* & alios *ad. l. tranſigere. 18. Cod. d. tranſact.* Hotoman. *quaſt. illuſtr. quaſt. 23.* Fachin. *2. cap. 8.* Arumæ. *diſp. ad hanc. l. ſing. th. 19. &c. ac th. 34.* adhibe Connan. *com. cap. 7. num. 2.* Hæcque ſententia non ſolùm firmatur *per l. tranſigere, 18. C. h. ut & per l. 1. ff. d. bon. eor. qui ante ſent.* ubi reſpondetur, *in capitalibus criminibus, quæ pœnam mortis continent, non nocere ei, qui adverſarium corrumpit: cùm ignoſci debeat ei, qui ſanguinem ſuum, qualiter qualiter redemit.* Ergo, cùm liceat reo adverſarium corrumpere, multò magis tranſactio permiſſa erit. Accuſatori vero ſordida concuſſio, non verò tranſactio, bona fide quæ initur, adempta eſt: Idque Ulp. itidem, *in l. 1. §. ſed & 3. ff. d. calumniatorib.* confirmat, cùm ait: *Sed & conſtitutio Imperatoris noſtri, quæ ſcripta eſt ad Caſſium Sabinum, prohibuit Judici, vel adverſario in publicis vel privatis, vel fiſcalib. cauſis pecuniam dare; & ex hac cauſa litem perire juſſit.* Sed mox addit Ulpianus: *Tractari poteſt, ſi adverſarius non per calumniam, ſed tranſigendi animo accepit,* an conſtitutio *ceſſet? Et puto ceſſare, ſicut hoc quoq; judicium.* Proinde omnes textus, qui in contrarium adferri poſſunt, nempe eum, qui ob non accuſandum pecuniam acceperit, concuſſionis teneri: *l. concuſſionis. 2. d. concuſſ.* eum, qui ob non accuſandum pecuniam acceperit, quaſi turpem quæſtum fecerit, ab accuſationibus removeri. *l. qui accuſare. 8. d. accuſat. cum ſimil.* hac ſola diſtinctione, quam facit ipſe Ulpianus, inter tranſactionem bona fide initam, & concuſſionem ſordidam, declinari poſſunt. Sicque, licet aliàs ab accuſando deſiſtens incidat in pœnam SC. Turpilliano præſtitutam; licet item qui accuſant, in crimen ſubſcribere, *id eſt,* cavere debeant, ſe perſeveraturos uſque ad ſententiam, pœnæq; talionis ſe ſubjiciant, ſi ab accuſando deſiſtant: ea tamen itidem omnia ceſſant, eo in caſu, cùm non dolosè, ſed ſine

ſine concuſſionis vel prævaricationis, aut calumniæ ſuſpicione, tranſactio facta fuit. Adfert quidem Rævardus, *4. var. c. 6.* Tertulliani, IC. & ſcriptoris Eccleſiaſtici auctoritatem, eâque probare nititur, turpe eſſe etiam reo tranſactionem, quia per eam in dubium innocentia venit; imo præſtare, injuſtè mori, quàm turpiter pecuniam pro redemptione dare. Sed ibi loquitur Tertullianus de Chriſti martyribus, quos coram toto mundo Chriſtus emit, imo & manumiſit, quique ideo non ſine macula Chriſtianæ conſcientiæ, cum delatore vel furunculo aliquo Præſide, paciſcuntur. Et diſtinguendum porro eſt, inter id quod jure licet, & quod turpe eſt Chriſtiano perfecto. Inſuper argumenta ſupra adducta evincunt, non ſolùm ante, ſed & poſt criminis denuntiationem, reique poſtulationem, partibus tranſigere licere, cùm utrobique eadem valeat ratio, tam in reo quàm accuſatore. Illud tantùm dubitationem habere videtur, *an ſine abolitione accuſator tranſigere queat?* Idque ſummi ICti, & etiam Weſenb. *in parat. h.* pernegarunt; verum contra ſententiam aliorum communem; quæ præcipue urget *h. n. Legem*, ubi prohibetur tranſactio de crimine non capitali, admittitur, quæ eſt de crimine capitali. Nunc autem nullum dubium eſt, quin etiam in criminibus non capitalibus tranſactio permiſſa ſit, ſi abolitio fuerit impetrata: quippe id ratio & ſanctio juris, SC. Turpillianum concernens, evincere videtur. Ergo, ut conſtet ratio oppoſitionis, dicendum erit: utrobique, cum abolitione, tranſactionem licitam eſſe; ſed in crimine capitali, etiam ſine cauſa. Sic etiam *in h. l. n.* ſancitur de adulterio, quamvis crimen capitale ſit, tranſigere non licere. Cùm verò permiſſum ſit, prævia abolitione, deſiſtere ab adulterii accuſatione, *l. 10. C. d. adult.* Ergo ut adulterio ſua ſingularitas conſtet, dicendum erit, in adulterio abſque abolitione non tranſigi: hoc verò fieri poſſe in cœteris criminibus, quibus ſanguinis pœna impoſita invenitur. Objicitur *Lex. quamvis. 3. C. ad SC. Turpill. ut & l. abolitio. 2. C. d. abolit.* attamen rationes pro ſententia noſtra adductæ evincunt, leges haſce duas, non de crimine vel publico vel ſanguinario accipiendas: nam & Dd. vulgò dicunt, intelligendas eſſe etiam generales juris propoſitiones de terminis habilibus, ſi, cùm generalia generaliter acciperentur, in alias juris regulas & rationes impingeretur. Denique hoc eſt mente tenendum, tranſactionem talem, tantùm accuſatori tranſigenti nocere;

nec ejus efficaciæ eſſe, ut alium, de eodem crimine reum accuſare volentem, repellat. Etenim hæc eſt natura tranſactionis, & cujuſvis aliûs conventionis, ut non aliis, quàm paciſcentibus præjudicare poſſit. *l. ſi unus. 27. §. 4. ff. d. pact.* & privatis cumprimum pactionibus, jus & intereſſe publicum lædi nequit. Hactenus ergo de prima regula legis noſtræ, de crimine publico ſanguinis habente pœnam tranſigi licere, dictum eſto. Nunc ſubjunctam exceptionem *in Lege noſtra* inſpiciamus.

23. *Cur de Adulterio tranſigi non poſſit?*

Ait Lex: De adulterio neque tranſigere neque paciſci licere; quamvis temeratores alienarum nuptiarum gladiô puniantur. §. *Item Lex Julia. 4. Inſt. de publ. Iudic.* & ita illa ſupra poſita ratio, ſanguinem ſuum quacunque ratione redimere licere, etiam hîc locum habere videatur. Ratio verò hujus ſpecialitatis, generali rationi & diſpoſitioni quæ derogarit, non ita in propatulo eſt, & à variis varia aſſignatur, ut videre licet apud Hunnium. *in tr. de tranſactionibus*; ubi novem rationes proponuntur & refutantur, decima demùm ab eo approbatur. Ego ſic puto, adulterium olim lege Iulia non fuiſſe capitale, nec ſanguinis pœnam ingeſſiſſe, contra Lyclamam, *2. membr. Eclog. 9. & 10.* Hortenſius, *ad §. item Lex Julia de adulter. Inſt. de publ. iudiciis.* & ideo ab Imperatoribus exceptum fuiſſe, intuitu veteris juris. Sed hæc ratio multas videtur inſtantias pati: præſtantiſſimi enim Iureconſulti, & antiquitatum admodùm gnari, in ea ſunt opinione, ut putent, adulterio etiam in ipſa lege julia capitis pœnam fuiſſe præſtitutam, idque probant ſupradictô. §. *item Lex Julia. 4. Inſt. d. publ. Judic.* ubi diſertè ſcribit Imperator, legem Juliam gladio punire temeratores alienarum nuptiarum. Sed ibi Imperatorem Legem Iuliam intelligere, non prout primum lata fuit; ſed reſpectum habere ad ſui temporis praxin, vel ex eo ſatis ſuperque manifeſtum eſt, quòd ſtatim *in §. item lex Cornelia. 5.* idem dicit: Legem Corneliam de ſicariis ultore ferro proſequi homicidas; cùm tamen *ex l. eiuſdem. 3. §. legis Corneliæ. 5. d. ſicar.* conſtet, Legis Corneliæ de ſicariis & veneficiis pœnam eſſe inſulæ deportationem & omnium bonorum ademptionem; & hodie verò capite puniri &c. Sicque Legem Corneliam, ut & Iuliam accipit.

non

Digitized by Google

non prout latæ, ſed prout conſtitutionibus Impp. recentiorum fuerunt immutatæ, atque informatæ. Et quod ex Julia lege pœna adulterii relegatio fuerit, non mors, Tacitus innuit, *3. annal.* agens de Iulia filia & Iulia nepte Auguſti, cùm dixiſſet: *adulteros eorum morte, aut fuga punivit*, &c. deinde ſubjungit: *clementiam maiorum, ſuasque ipſe leges egrediebatur*: quo apertè declarat, Lege Iuliâ, quam Auguſtus tulit, non fuiſſe mortem aut fugam, ſive exilium, ſed relegationem. Facit hûc etiam *l. ſi quis. 5. ff. de quaſtion.* ubi deportatio eſt pœna duplicis criminis, nempe ſtupri & inceſtûs. Ergo ſimplicis adulterii pœna levior, relegatio nempe. Argumento eſt quoque Papinianus, *in princ. l. Miles. 11. d. adult.* ubi miles uxoris ſuæ aquariolus deportatur: nempe quia delictum duplex. Primus Tiberius pœnam fecit graviorem: videlicet viris deportationem, fœminis deportationem & bonorum publicationem. Marcilius, *ad d. §. item lex Julia. 4. d. publ. Judic.* ubi addit, primùm Conſtantinum magnum gladii feciſſe pœnam. *l. quamvis 30. C. de adult.* Et quamvis Diocletianus adulterium hic inter capitalia referat crimina; id tamen ita eſt intelligendum, quia pœna ejus deportatio erat, cujus auctorem Tiberium fuiſſe, jam modò dixi. Ergo Imperatores, *in lege Tranſigere*, adulterium exemerunt, quia non habebat ſanguinis pœnam, licet fuerit tùm capitale. At inquis, cur Iuſtinianus, omnia ſua faciens, non immutavit? cur adulterium inter crimina excepta remanere permiſit? Quia maritus primus, & præcipuas partes in accuſatione adulterii habet: & is tranſigens ſeu pecuniam accipiens, fidem ſui connubii nequiter corrupiſſe videtur. *l. de crimine. 10. C. de adult.* Anton. Faber. *2. coniect. 20. à prin.* Fachin. *1. controv. 1.* Arumæ. *ſupr. d. diſp. th. 36. & ſeq.* Dn. Bocer. *d. adulter. quaſt. 9. & ſeq.* quemadmodum & quivis alius, qui adulterii accuſationem omittit, ob pecuniam acceptam, lenocinii ſuſpicionem incurrit. *l. Miles. 11. ff. d. adult.* Unde jam olim ſub Imperat. Alexandr. *l. Mariti. 29. §. 2. ff. ad l. Jul. de adulter.* de adulterio non licuit paciſci. *l. de crimine. 10. C. d. t.* Sed gratis remittere non prohibitum exiſtit.

24. *An in criminibus ſanguinis non ingerentibus pœnam, tranſigi queat?*

Poſterior Legis noſtræ pars, ita eſt concepta: *In aliis autem publi-*

publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem. Hic primum præſuppono, falſi pœnam ex jure civili deportationem eſſe, & omnium bonorum publicationem, ex *l. 1. ff. ad l. Corn. de falſ.* quod & diſertè exprimit Paulus. *5. ſent. 1. 25. §. 9.* & in crimine ſuppoſiti partûs hoc ſingulare eſt, ex reliquis criminibus falſi, ut pœnâ mortis ſubjiciens partum puniatur. *d. l. 1. d. falſis.* Nec obſtat *l. falſi. 5. C. d. falſ.* ubi Imperator Alexand. reſcribit: *Falſi crimen vel aliud capitale, liberos matri movere non poſſe:* nam & ſæpe rei capitis damnatus vocatur, qui proponitur eſſe deportatus. *l. rei capit. 2. §. 1. l. capital. 28. d. pœn.* Nunc ſi quis quærat, *an tranſigi poſſit de crimine falſi, quoties pœna mortis ex eo irrogatur, ut in partu ſuppoſito?* Et jure noſtro novo, ubi ſanctione criminali ſeveriùs punitur falſum, illud omninò affirmarem, per partem Legis noſtræ priorem. At verò *an de falſi crimine, cæteris in caſibus valeat interpoſita tranſactio?* dubitationem maximam habet: licet Cujacius, *6. obſ. 11.* atteſtetur, tam Græcorum, quàm Latinorum conſtantem opinionem eſſe, ut de crimine falſi tranſigi poſſit. At verò magis inclino eam in opinionem, ut putem in criminibus publicis, ſanguinis non ingerentibus pœnam, tranſigere non licere, & *in hac Lege noſtra 18.* delictum falſi non excipi: ſed potius inibi ſanciri, in criminibus non ſanguinariis ſi tranſigatur, falſi accuſationem locum obtinere, & ita citra falſi accuſationem non tranſigi poſſe. Verbum etenim *citra,* in vario fertur ſignificatu, & plerunque accipitur pro fine. *l. f. ff. d. publ. iudic. l. ut ſi pro. 31. pro ſoc.* Briſſon. *lib. 3. d. V. ſignif.* Sicque ſæpe dicitur, citra fraudem, citra periculum, citra pœnam, metum &c. Quod verò Cujacius, & ſequaces probare nituntur, in falſi crimine tranſigere licere, *per l. 2. C. d. his quib. ut indign.* hæc ſane illud non probat: ibi enim alius de teſtamento nondum falſi ſuſpecto tranſegit, alius ex diverſo, poſt factam tranſactionem, teſtamentum falſum eſſe probare conatur. Alii inſuper proponuntur textus, qui tamen omnes facillimâ operâ repelli queunt, ſi ſcimus, aliud eſſe tranſigere de crimine falſi, aliud de cauſa falſi; de crimine falſi tranſigi nequit: eſt enim crimen capitale, ſanguinis non inferens pœnam; de cauſa falſi tranſigere licet: duplex enim via de falſo agenti eſt conceſſa, civilis & criminalis. *l. falſi. 5. l. de fide. 16. l. pen. & ult. C. de falſ.* & illa ſi eligatur, & damnum

tan-

tantùm inſpiciatur, quidni tranſactio debeat concedi? At ais, quomodo falſi tenetur, qui tranſigit in crimine non ſanguinis pœnam merente? Fateor equidem, non ipſum teneri L. Corneliæ pœnâ, ex SCto Turpilliano, tanquam calumniatorem, qui falſa crimina detulerit. Nil itaque prohibet, eum, qui de crimine falſi tranſigit, de falſo accuſari, quaſi judicii publici crimen deſtituiſſe videatur, quod non abſque calumnia intelligitur eſſe factum. *l. prævaricat. 3. §. f. & l. f. d. prævaricat. l. In SCtum. 15. §. 2. ad SC. Turpill. l. fin. C. de calumniator. l. ſpurii. 6. §. qui iud. 3. de Decurion.* Atque ita falſum committit, qui, cùm verum diſſimulat, prævaricatur: dum ab accuſatione deſiſtit, tergiverſatur. Faber. *coniect. c. 20.* Donell. *ad l. tranſigere. num. 68. & ſeq.* poſt Alc. & Hotom. nec non Nicol. Vallam. *tr. d. reb. dub. cap. 17.* Sicque de crimine publico, non ſanguinario, indifferenter tranſigi nequit. Ait quidem Cujacius, propterea falſum excipi debere, eò quod pertineat plerunque ad cauſam privatam; ſed tamen magis eſt, ut utilitas publica debeat prævalere. *l. 2. ff. de concuſſ.* Imò & alia crimina occurrunt, in quibus magis privata vertitur cauſa, neque tamen in iis tranſigere licet: ac quoque, quatenus criminaliter agitur de crimine falſi, eatenus ſemper publica utilitas promovetur; quæ interpretatio commodo pecuniario præferri debet. Non itaque firma omninò eſt interpretatio illa communis, ut verba illa, *citra falſi accuſationem, in l. h. 18.* importent exceptionem: quaſi crimen falſi, à cœteris criminibus pœnam ſanguinis haut ingerentibus excipiatur. Sed licet non præter rationem, ea verba ita enodare, ut, qui de crimine capitali tranſegerit, quod pœnam mortis non infligit, in SC. Turpilliani incidat accuſationem. Hancque opinionem amplectitur etiam Hunnius. *c. 3. b.* Quodque hîc *citra*, ſumatur pro *fine*, etiam evincit, poſt Ant. Fabrum, Schifordegkerus. *lib. 2. tract. 21. à prin.* Tileman. *diſp. 8. th. 19. vol. 1.* Arumæ. *d. diſp. th. ult.* Diſſent. Fachinæus. *1. c. 8.* & ferè communiter Dd. Sed adhuc, quid *de criminibus* dicendum eſt *privatis, anne in iis licet tranſigere, vel paciſci?* Leges hîc diverſimodè loqui videntur. Ulpian. *in l. iniurigent. 7. §. ſi paciſcar. 14. ff. d. pact.* ita reſpondet: *In cœteris omnibus ad edictum Prætoris pertinentibus, quæ non ad publicam læſionem, ſed ad rem familiarem reſpiciunt, paciſci licet. Nam & de furto paciſci Lex permittit.* Imò pactis legitimis acc-

cenſet

uſufructu der ſtrittigē Güter/ uñ wem ſelbiger/ alldieweil die Kinder noch minderjärig/ gebühren ſolle/ ledig nichts diſponiren/ ſondern allein verordnen wöllen/ das ſelbige nach Jacob N. deß eingeſetztē Erben ableiben/ nicht pro rata (wie ſonſt/ Krafft Landrechts/ beſchehen were/) auff die Mutter/ und folgends von ſelbiger in ein frembdes Geſchlecht/ oder villeichten in ſecundo matrimonio erzilte Kinder fallen/ ſondern allerdings bey deß Jacoben Stamm verbleiben ſolle. Welcher Verordnung und der Teſtiererin letſtem Willen dann ein völlig benügen geſchicht/ und Krafft ſelbiges bemeldte Gütter bey der Freundſchafft/ oder den bedachten Kindern/ nichts deſto weniger verbleiben/ ohngeacht die Mutter hievon ein Zeitlang den Nutzen hat.

Es mag auch nicht weniger auß ſolchen Wörtern/ auff die Kinder gäntzlich fallen/ rc. diß Orts nichts widerigs geſchloſſen werden; cùm illa verba: Integra bona filiis præſtentur, vel quicquid inventum fuerit in bonis meis filio tradatur, vel reſtituatur, etiamſi adjectum ſit, ſine ulla diminutione; non neceſſariò inducant ademptionem uſusfructûs; ſed alium ſenſum ſatis ſanum & non inutilem recipiant, ſcilicet ne prætextu aliquarum quarumcunque rerum, aliquid ex bonis Teſtatricis filio detrahatur; prout in terminis, huicque noſtro planè ſimillimo in caſu docet clariſs. JC. Ferd. Vaſquius. *d. ſucc. progreſſu. §. 26. n. 32.*

Quæ traditio non exiguum robur accipit ex *L. 25. ff. d. verb. ſignif.* ubi habetur: rectè eum fundum totum noſtrum eſſe dici, etiam cùm fructus alienus eſt; quia uſusfructus non dominii pars, ſed ſervitutis ſit: nec falsò dici, totum meum eſſe, cujus non poteſt ulla pars dici alterius eſſe: Et ſic, quamvis, in noſtro caſu, teſtatrix voluerit totam hereditatem, poſt inſtituti heredis mortem, ad fideicommiſſariè ſubſtitutos pervenire liberos; non tamen inde, & eo quoque commodo à teſtatrice privatam eſſe ſubſtitutorum matrem, çenſendum eſt, quod modo dictæ matri, intuitu onerum nutritionem & educationem ſubſequentium, juris noſtri municipalis, æqua largitur benignitas: cùm & nudo uſufructu per aliquot annos matri competente, nihilominus totam teſtatricis hereditatem ad ſubſtitutos liberos delatam eſſe, non abſurdè dicatur.

Neben dem auch/ fürs dritte/ daß ein jedweder teſtator ſein Willen den üblichen Rechten habe wollen ehnlich oder gleich machen/

chen/erachtet; & teſtatorem voluiſſe voluntatem ſuam juri communi conformare, in dubio præſumirt werden muß. *l. quæro. 54. §. inter locationem. 1. ff. locati. l. quidam cum filium. 132. d. Verb. oblig. l. omnia. 32. §. in fideicommiſſ. 6. de legat. 2.* Ac cùm, de jure municipali, quæratur matri uſusfructus in bonis filii; & proinde, cùm non aliud appareat, ita debeat intelligi teſtationem ordinatam fuiſſe, quomodo jus diſponit, utque matri quæratur uſusfructus:

So iſt jedoch/ ſonderlich in gegenwärtigem Fall/ in allweg zu muthmaſſen/ daß wann die Teſtiererin hierum ſolte befragt werden/ ſie in keinen Weg der Vrſulæ/ jetz übel ſtrittiggemachten uſum fructum würde abſprechen: in erwegung ſelbiger ſich gleich nach der Kinder Verheurathung endet/ und mit nichten deme uſufructui gleich iſt/ welcher de jure communi, dem Vatter auf den adventitiis filii bonis gebühret/ und erſt mit deß Vatters ableiben auffhöret; auch die Mutter/ihre Kinder in beſſerer Vnderhaltung/Zucht/ Wart und Acht zu nemmen/ inſtigiren oder verurſachen thut/ und darumben gantz favorabilis: hingegen deſſen privatio nicht unbillich pro odiosâ zu halten ſcheinet. Odioſa autem reſtringenda, favorabilia verò amplianda veniunt. *per vulg.* Geſtaltſame fürs Vierdt/ſolches alles noch mehr klärlich hierauß erſchienet/ in dem die Teſtierende Anna N. in ihrem Teſtament §. Nemlichen Saræ/ꝛc. auch Johan. N. ehelicher Haußfrawen noch lebenden dreyen Kindern/ ein theil deß Saltzbrunnens zu S. legirt/ und zumahl diſponirt/ daß hierinn ein Kind das ander erben/ die Mutter aber hiervon **allerdings und gäntzlich** excludirt und außgeſchloſſen seyn ſolle; hernacher aber in §. Deßgleichen Heinrich N. ꝛc *prope finem.* eben zuvor geſetzte clauſulam, **allerdings und gäntzlich** excludirt/ ꝛc. expreſsè alſo interpretiren und deutten thut/ das nichts deſtominder Johan. N. Haußfraw/ ihrer minderjährigen Kinder legata, biß zu deren Verheyratung haben ſoll. Wann nun die Teſtiererin dieſe verba, **gäntzlich kommen**/ꝛc. in einem Orteinig und allein ad proprietatem reſtringirt/ und daß durch ſelbige der Mutter der uſusfructus, ſo lang die Kinder ledigs Standes/ nicht benommen ſeyn ſoll/ ſich mit runden Worten erklären thut; ſo müſſen uñ ſollen eben die/oder allerdings dergleichen Wort/ nicht weniger in den übrigen paragraphis ejuſdem teſtamenti vel ſcripturæ, auch planè eundem ſenſum haben/und anderſt nicht/als wie die Teſtatrix ſich anderswo erklärt/ außgelegt werden.

Nec etenim dubii aut incerti juris eſt, Teſtamenti partem unam, per aliam declarari, argum. *l. utrum. 23. ff. d. petit. hered.* Sim. de Prætis. *tr. d. ult. volunt. interpret. lib. 2. int. 3. dubit. 1. ſolut. 3. num. 68.* Cravett. *conſ. 62. num 12.*

Endlichen dienet hierzu nicht wenig/ das regulariter auch auff einem Lehen/ ſo von der Mutter Lini auff den Sohn kommt/ nichts deſto weniger der Vatter den Nutzen hat/ arg. *c. 1. circa fin. 11. F. 1.* Alvarott. *in c. un. num. 7. de nat. ſucceſſ. feudi.* quem ibi ſequitur Præpoſitus. *num. 2. inf.* Petr. Raven. *in fin.* Curt. *part. 3. memb. 2. num. 46.* Sonsbeck. *part. 7. n. 7. &c.* Hannet. *lib. 1. cap. 6. pag. 70.* Schneid. *part. 6. c. 4. num. 7.* Iaſ. *in l. filiusfam. n. 157. de leg. 1.*

Darumben dieſe/ als ein fideicommiſſum familiæ, auff Jacob N. noch unerzogne Kinder gelangt und kommene Gütter/ auch der Mutter/ ſo lang die Kinder under dero Underhaltung/ billich ſollen gelaſſen werden.

Ac ita ſentio, ſaniori tamen doctiorumque ſalvo ſemper Iudicio ac cenſura, cui me ſubjicio meritò lubens.

21. *An læſio immodica tranſactionem bona fide initam reſcindat?*

QUæſtio hæc admodùm eſt controverſa, hacque de re nec pragmatici ipſi, nec municipalia provinciarum ſtatuta, nec etiam Cameralia præjudicia, convenire videntur. Sane conſtitutione regia apud Gallos, Sabaudos & Pedemontanos ſancitum eſt, ut prætextu immodicæ læſionis tranſactiones non reſcindantur. Gregor. *ſyntagm. 27. c. 3.* Anton. Faber. *in Cod. t. 4. defin. 10. lib. 2.* Papon. *2. notar. 9.* idemque Hiſpaniæ ordinationibus eſt receptum. Gutierrez. *pract. quæſt. lib. 2. qua. 141.* Hancque ſententiam multis præjudiciis, in ſupremo Imperii Rom. Iudicio confirmatam eſſe, atteſtatur Gail. *2. obſ. 70.* & eandem ſequi Conſilium Neapolitanum, ſcribit Afflict. *dec. 220. n. 2.* In diverſam partem profertur Luſitaniæ lex. Gama. *deciſ. 10.* quam etiam aliquando Aſſeſſores Cameræ Imperialis amplexos fuiſſe, indicat Mynſingerus. *cent. 6. obſ. 91. in fin.* atque expreſsè eandem confirmavit Auguſtus Sax. Elector. *conſt. part. 2. c. 34.* Et item Wirtembergicum jus. *part. 2. t. 22. in fin.* ubi diſertè conſtitutum eſt: Das wer in gütlichen Verträgen/ über den halben Theil deß jenigen/ ſo ihme von Rechtswegen gebührt/ vernachtheilt worden/ er entweder

der umb reſciſſion ſolchen Vertrags/ durch Rechtliche Klagen anſuchen: Oder aber/ ihm den Mangel von ſeinem Gegentheil nochmahlen ergänzt zu werden/ begehren möge. (ubi tamen illud, in tranſcurſu, ſingulare notandum eſt; quòd, licet aliàs JUS W. in quovis alio negotio, remedium *l. 2. C. d. R. V.* ob læſionem ultra Tertiam concedat. *p. 2. tit. 14. princ.* in Tranſactione tamen ſola Læſio requiratur ultra Dimidiam: in quo conforme eſt juri communi.) Hancque ſententiam, propter æquitatem, quam ſequitur, Jus canonicum dicitur canoniſaſſe. Verior tamen ea opinatio videtur, quæ vult, ob immodicam læſionem, tranſactionem, bona fide initam, non irritam fieri poſſe, nec reſcindendam eſſe, per *l. non minorem. 20. C. d. tranſact. l. cum hi. 8. in pr. ff. eod. l. Lucius Titius. 78. §. fin. ad SC. Trebellian. Add. l. 65. §. 1. d. condict. indeb.* Hunnium *illuſtr. 2. th. 21.* Tileman. *diſput. 8. th. 27.* & pleniſſimè poſt Ant. Fabrum, Schifferdegkerus. *lib. 2. tract. 25.* fruſtra diſſentiente per *l. ſi ſuperſtite. 5. C. d. dolo. & l. ſi quis. 36. ff. d. verb. oblig.* Pinello, aliiſque. vid. Daſſel. *conſ. 22.* Sanè *l. rem. 2. C. de reſc. vend.* tale continet jus, quod toti veteri juriſprudentiæ, incognitum fuit, & exindè nulla ratio adduci poteſt, ex quâ dicendum ſit, voluiſſe Impp. idem jus conſtituere in tranſactione: nam & tranſactio non numeratur inter bonæ fidei contractus, neque etiam quicquam cum venditione commune habet. Ac, ſi ad hoc jus inducendum, in contractu venditionis, neceſſaria fuit conſtitutio ſpecialis, quantò magis, abſque expreſſa lege, in tranſactione hanc reſciſſionem admittere non debemus? cùm maximè generalem habeamus legiſlationem: cauſas vel lites tranſactionibus legitimis finitas, Imperiali reſcripto reſuſcitari non oportere. *l. cauſas 16. C. h.* Accedit huc, quod ea tantùm tranſactio invalida pronuntiatur, quæ nullo dato, aut retento procedit. *l. tranſactio. 38. C. h.* non, ubi minus vel plus fuerit datum vel remiſſum. Hincque Ulp. ſcribit *in l. cum hi. 8. in pr. ff. h. Cùm hi, quibus alimenta relicta erant, facilè tranſigerent, contenti modico præſenti; D. Marcum oratione in Senatu recitatâ effeciſſe, ne aliter alimentorum tranſactio rata eſſet, quàm ſi auctore Prætore facta eſſet.* Ex quo reſcripto apparet, ſi modicum fuerit datum, id non infirmare tranſactionem: aliàs enim tranſactiones circa alimenta factæ ex eo capite reſcinderentur, nec indigerent auctoritate Magiſtratus; quæ certè ideò adhibetur, ut is diſpiciat, ne, qui alimenta per tranſactionem remittit, modicum accipiendo, læſionem incurrat. Ac

item

item *in l. Luc. Tit.. 78. §. fin. ad Trebell.* diſertè mentio fit quantitatis minimæ, & tamen tranſactio facta ibi non irritatur. Nec minùs pugnat pro nobis ratio naturalis. Sanè, ut tranſactio reſcindatur ad exemplum venditionis, omninò læſio neceſſaria eſt, eaq; non incerta, & quæ adfuerit tempore contractus. *l. 8. C. d. R. V.* Atqui, cùm tranſactionum ea natura ſit, ut de re dubia, ac incerta fieri debeant; inde nullo modo dici poteſt, eas læſionis prætextu reſcindendas eſſe: quotiens namque de re dubia & incerta quæſtio eſt, læſio allegari nequit. *l. ſi ea Lege. 17. C. d. uſur.* cùm res incerta non certam habeat æſtimationem. *l. ubi autem. 75. d. V. O.* Tandem tranſactio comparatur rei judicatæ, *l. non minorem. 20. C. h.* & etiam jurijurando; *l. quod ſi. 21. ff. de dolo. l. iusiurandum. 2. l. admonendi. 31. l. Tutor. 35. §. 1. de iureiur.* quorum neutrum, læſionis alicujus prætextu, reſcindi poteſt. *t. t. C. d. ſent. reſcind. & t. t. ff. de iureiur.* Contrariæ ſententiæ autores nituntur imprimis *l. ſi ſuperſtite. 5. C. d. dolo.* ubi Diocletianus & Maximinianus Amphrodiſiæ reſcribunt: *Si immodicè læſa ſit, actionem ei non de dolo, propter paternam verecundiam, ſed in factum ſubſidiariam eſſe tribuendam.* Cùm igitur in ſpecie hujus legis præſupponatur, filiam immodicè læſam eſſe, & ei actio concedatur, videtur contrariam ejus, quam hactenus firmavimus, opinionem amplectendam eſſe. At reſponſio videtur eſſe in promptu; Locus enim hic ita accipi debet: ſi immodica illa læſio intervenerit dolo patris; nos vero loquimur de eo caſu, ubi bona fide tranſactio fuerit facta. Lex etenim ait, competituram eo caſu actionem de dolo filiæ emancipatæ, contra patrem, ni paterna verecundia obſtaret, ideoque ad ſubſidiariam in factum actionem prætoriam recurrendum eſſe. Atqui haud dixerit ullus, ob dolum, qui ſit duntaxat in re ipſa, non etiam in adverſarii perſona, de dolo agi poſſe: namque actio de dolo, cùm ſit in perſonam, atque infamiam importet, ob id nec inter quoslibet competit, quamdiu alia actio, aut civilis aut honoraria, competere poteſt. *l. 1. §. pen. & ult. ff. d. dolo.* nec inter patré & liberos, tametſi alia actio nulla ſit. *l. non debet. 11. ff. eod.* Ergò hîc talis dolus neceſſe eſt, ut intervenerit, qui ſit verus, non præſumptus: aliàs namque non potuiſſet dubitari, an propter eũ adverſus patrem competierit filiæ actio de dolo. Præterea *in d. l. 5.* non tractatur de immodica læſione, quæ intervenerit in contractu venditionis aut alio ſimili, in quo liceat contrahentibus ſe in pretio decipere; ſed in eâ ſpecie, in quâ nulli deceptioni locus

cus relinquebatur citra dolum malum : cùm ageretur de rationibus reddendis à patre, qui filiæ emancipatæ geſſerat tutelam. Proinde ſi, cùm rationes reddere pater deberet, ex quibus certum erat, eum filiæ plurimum debiturum, extorſerit ille à filiâ liberationem; fieri non poteſt, quin id fecerit dolo malo, ideoque filiæ debeat teneri, non quidem actione de dolo, propter reverentiam paternam, ſed actione ſubſidiaria in factum temperanda. Sed ais, textum loqui de tranſactione interpoſita bona fide. Verùm dici poteſt, id intelligendum eſſe tantùm de filia, non de patre : Ajunt enim Impp. *poſtea tranſegiſti cum eo bona fide.* Quòd vero ſubjungitur mentio immodicæ læſionis, id eô fine fit, quia, ſi læſio modica eſſet, non facilè prætor daret actionem in factum ſubſidiariam actionis de dolo, pro modica ſumma: *l. ſi quis. 9. §. merito. ult. & l. id eſt. 10. ff. d. dolo.* præſertim contra patrem. Opponitur porrò *l. ſi quis. 36. d. V. O.* ubi Ulp. reſpondet: *Quia per dolum obligatus eſt, competit ei exceptio. Idem eſt, etſi nullus dolus interceſſit ſtipulantis, ſed ipſa res in ſe habeat dolum : Cùm enim quis petit ex ea ſtipulatione, hoc ipſo dolo facit, quod petit.* Ex quibus verbis adverſantes, & inprimis Fachinæus, hunc conſtituunt Syllogiſmum : Ab Ulpiano dolum ex propoſito, & dolum in re ipſa æquiparari; Sed ex læſione immodica ultra dimidium, dolum in re ipſa apparere: Ergò idem ſtatuendum eſſe, ac ſi dolus ex propoſito interceſſiſſet; quo caſu tranſactio reſcindi debet. *l. & eleganter. 7. ff. de dolo. l. ſi quis. 9. §. item ſi. 2. ff. h.* Verùm quòd Ulpianus ſcribit, aliquandò rem ipſam dolum inſe habere, & eo caſu, perinde ac ſi dolus ejus interveniſſet, doli mali exceptionem ſtipulanti nocere; non ad eum caſum referri debet, quo læſio enormiſſima in pretio interceſſit; ſed ad alios innumeros pleroſque, in quibus accidere poteſt, ut res ipſa in ſe dolum habere videatur; puta ſi ſtipulatio facta ſit ſine cauſa: *l. palam eſt. 2. §. circa. 3. ff. d. doli mali except.* aut de ea re, cujus ſtatus jam tum, cùm ſtipulatio interpoſita eſt, fuerit mutatus ignorante tam ſtipulatore quàm promiſſore; & aliis hujuſmodi caſibus, quibus evenit, ut, quamvis ſtipulator ab initio nil fecerit dolo, doli tamen exceptione debeat repelli; quia hoc ipſo dolo faciat, quod nunc petat: Ant. Fab. *dec. 1. error. 7.* & Donell. *ad d. l. 36. num. 4.* *An tranſactio, dolo adverſarii dante cauſam contractus, vel doloſa re ipſa, ex cauſa enormiſſima læſionis, reſcindi, & annullari poſſit?* diſputat

ſputat etiam Ludov. à Peguera. *deciſ. 165.* Et relationem in cauſa tranſactionis, & contra eam exceptionem, ac item de fructibus, habet Iohann. Meichſner. *tom. 1. deciſ. 18.*

22. *De crimine capitali, num tranſigi queat?*

CRimina, quæ ſanguinis habent pœnam, recipiunt tranſactionem: ac proinde nec reus tranſigens pro confeſſo habetur, nec accuſator pœnâ SCti Turpilliani coërcetur. Vid. Padillam, Delrio. *n. 62.* Donell. *n. 3.* Matth. Gloc. *part. 1. c. 1.* & alios *ad. l. tranſigere. 18. Cod. d. tranſact.* Hotoman. *quæſt. illuſtr. quæſt. 23.* Fachin. *2. cap. 8.* Arumæ. *diſp. ad hanc. l. ſing. th. 19. &c. ac th. 34.* adhibe Connan. *com. cap. 7. num. 2.* Hæcque ſententia non ſolùm firmatur *per l. tranſigere, 18. C. h. ut & per l. 1. ff. d. bon. eor. qui ante ſent.* ubi reſpondetur, *in capitalibus criminibus, quæ pœnam mortis continent, non nocere ei, qui adverſarium corrumpit: cùm ignoſci debeat ei, qui ſanguinem ſuum, qualiter qualiter redemit.* Ergo, cùm liceat reo adverſarium corrumpere, multò magis tranſactio permiſſa erit. Accuſatori vero ſordida concuſſio, non verò tranſactio, bona fide quæ initur, adempta eſt: Idque Ulp. itidem, *in l. 1. §. ſed & 3. ff. d. calumniatorib.* confirmat, cùm ait: *Sed & conſtitutio Imperatoris noſtri, qua ſcripta eſt ad Caſſium Sabinum, prohibuit Judici, vel adverſario in publicis vel privatis, vel fiſcalib. cauſis pecuniam dare; & ex hac cauſa litem perire juſſit.* Sed mox addit Ulpianus: *Tractari poteſt, ſi adverſarius non per calumniam, ſed tranſigendi animo accepit,* an conſtitutio *ceſſet? Et puto ceſſare, ſicut hoc quoq; judicium.* Proinde omnes textus, qui in contrarium adferri poſſunt, nempe eum, qui ob non accuſandum pecuniam acceperit, concuſſionis teneri: *l. concuſſionis. 2. d. concuſſ.* eum, qui ob non accuſandum pecuniam acceperit, quaſi turpem quæſtum fecerit, ab accuſationibus removeri. *l. qui accuſare. 8. d. accuſat. cum ſimil.* hac ſola diſtinctione, quam facit ipſe Ulpianus, inter tranſactionem bona fide initam, & concuſſionem ſordidam, declinari poſſunt. Sicq́ue, licet aliàs ab accuſando deſiſtens incidat in pœnam SC. Turpilliano præſtitutam; licet item qui accuſant, in crimen ſubſcribere, *id eſt,* cavere debeant, ſe perſeveraturos uſque ad ſententiam, pœnæq; talionis ſe ſubjiciant, ſi ab accuſando deſiſtant: ea tamen itidem omnia ceſſant, eo in caſu, cùm non doloſè, ſed

ſine

ſine concuſſionis vel prævaricationis, aut calumniæ ſuſpicione, tranſactio facta fuit. Adfert quidem Rævardus, *4. var. c. 6.* Tertulliani, IC. & ſcriptoris Eccleſiaſtici auctoritatem, eâque probare nititur, turpe eſſe etiam reo tranſactionem, quia per eam in dubium innocentia venit; imo præſtare, injuſtè mori, quàm turpiter pecuniam pro redemptione dare. Sed ibi loquitur Tertullianus de Chriſti martyribus, quos coram toto mundo Chriſtus emit, imo & manumiſit, quique ideo non ſine macula Chriſtianæ conſcientiæ, cum delatore vel furunculo aliquo Præſide, paciſcuntur. Et diſtinguendum porro eſt, inter id quod jure licet, & quod turpe eſt Chriſtiano perfecto. Inſuper argumenta ſupra adducta evincunt, non ſolùm ante, ſed & poſt criminis denuntiationem, reique poſtulationem, partibus tranſigere licere, cùm utrobique eadem valeat ratio, tam in reo quàm accuſatore. Illud tantùm dubitationem habere videtur, *an ſine abolitione accuſator tranſigere queat?* Idque ſummi ICti, & etiam Weſenb. *in parat. h.* pernegarunt; verum contra ſententiam aliorum communem; quæ præcipue urget *h. n. Legem.* ubi prohibetur tranſactio de crimine non capitali; admittitur, quæ eſt de crimine capitali. Nunc autem nullùm dubium eſt, quin etiam in criminibus non capitalibus tranſactio permiſſa ſit, ſi abolitio fuerit impetrata: quippe id ratio & ſanctio juris, SC. Turpillianum concernens, evincere videtur. Ergo, ut conſtet ratio oppoſitionis, dicendum erit: utrobique, cum abolitione, tranſactionem licitam eſſe; ſed in crimine capitali, etiam ſine cauſa. Sic etiam *in h. l. n.* ſancitur de adulterio, quamvis crimen capitale ſit, tranſigere non licere. Cùm verò permiſſum ſit, prævia abolitione, deſiſtere ab adulterii accuſatione, *l. 10. C. d. adult.* Ergo ut adulterio ſua ſingularitas conſtet, dicendum erit, in adulterio abſque abolitione non tranſigi: hoc verò fieri poſſe in cæteris criminibus, quibus ſanguinis pœna impoſita invenitur. Objicitur *Lex. quamvis. 3. C. ad SC. Turpill. ut & l. abolitio. 2. C. d. abolit.* attamen rationes pro ſententia noſtra adductæ evincunt, leges haſce duas, non de crimine vel publico vel ſanguinario accipiendas: nam & Dd. vulgò dicunt, intelligendas eſſe etiam generales juris propoſitiones de terminis habilibus, ſi, cùm generalia generaliter acciperentur, in alias juris regulas & rationes impingeretur. Denique hoc eſt mente tenendum, tranſactionem talem, tantùm accuſatori tranſigenti nocere;

Digitized by Google

nec ejus efficaciæ eſſe, ut alium, de eodem crimine reum accuſare volentem, repellat. Etenim hæc eſt natura tranſactionis, & cujuſvis aliûs conventionis, ut non aliis, quàm paciſcentibus præjudicare poſſit. *l. ſi unus. 27. §. 4. ff. d. pact.* & privatis cumprimum pactionibus, jus & intereſſe publicum lædi nequit. Hactenus ergo de prima regula legis noſtræ, de crimine publico ſanguinis habente pœnam tranſigi licere, dictum eſto. Nunc ſubjunctam exceptionem *in Lege noſtra* inſpiciamus.

23. *Cur de Adulterio tranſigi non poſſit?*

Ait Lex: De adulterio neque tranſigere neque paciſci licere; quamvis temeratores alienarum nuptiarum gladiô puniantur. *§. Item Lex Julia. 4. Inſt. de publ. Iudic.* & ita illa ſupra poſita ratio, ſanguinem ſuum quacunque ratione redimere licere, etiam hîc locum habere videatur. Ratio verò hujus ſpecialitatis, generali rationi & diſpoſitioni quæ derogarit, non ita in propatulo eſt, & à variis varia aſſignatur, ut videre licet apud Hunnium. *in tr. de tranſactionibus*; ubi novem rationes proponuntur & refutantur, decima demùm ab eo approbatur. Ego ſic puto, adulterium olim lege Iulia non fuiſſe capitale, nec ſanguinis pœnam ingeſſiſſe, contra Lyclamam, *2. membr. Eclog. 9. & 10.* Hortenſius, *ad §. item Lex Julia de adulter. Inſt. de publ. iudiciis.* & ideo ab Imperatoribus exceptum fuiſſe, intuitu veteris juris. Sed hæc ratio multas videtur inſtantias pati: præſtantiſſimi enim Iureconſulti, & antiquitatum admodùm gnari, in ea ſunt opinione, ut putent, adulterio etiam in ipſa lege julia capitis pœnam fuiſſe præſtitutam, idque probant ſupradictô, *§. item Lex Julia. 4. Inſt. d. publ. Judic.* ubi diſertè ſcribit Imperator, legem Juliam gladio punire temeratores alienarum nuptiarum. Sed ibi Imperatorem Legem Iuliam intelligere, non prout primum lata fuit; ſed reſpectum habere ad ſui temporis praxin, vel ex eo ſatis ſuperque manifeſtum eſt, quòd ſtatim *in §. item lex Cornelia. 5.* idem dicit: Legem Corneliam de ſicariis ultore ferro proſequi homicidas; cùm tamen *ex l. eiuſdem. 3. §. legis Corneliæ. 5. d. ſicar.* conſtet, Legis Corneliæ de ſicariis & veneficiis pœnam eſſe inſulæ deportationem & omnium bonorum ademptionem; & hodie verò capite puniri &c. Sicque Legem Corneliam, ut & Iuliam accipit, non

non prout latæ, ſed prout conſtitutionibus Impp. recentiorum fuerunt immutatæ, atque informatæ. Et quod ex Julia lege pœna adulterii relegatio fuerit, non mors, Tacitus innuit, *3. annal.* agens de Iulia filia & Iulia nepte Auguſti, cùm dixiſſet: *adulteros eorum morte, aut fuga punivit,* &c. deinde ſubjungit: *clementiam maiorum, ſuaſque ipſe leges egrediebatur*: quo apertè declarat, Lege Iuliâ, quam Auguſtus tulit, non fuiſſe mortem aut fugam, ſive exilium, ſed relegationem. Facit hûc etiam *l. ſi quis. 5. ff. de quæſtion.* ubi deportatio eſt pœna duplicis criminis, nempe ſtupri & inceſtûs. Ergo ſimplicis adulterii pœna levior, relegatio nempe. Argumento eſt quoque Papinianus, *in princ. l. Miles. 11. d. adult.* ubi miles uxoris ſuæ aquariolus deportatur: nempe quia delictum duplex. Primus Tiberius pœnam fecit graviorem: videlicet viris deportationem, fœminis deportationem & bonorum publicationem. Marcilius, *ad d. §. item lex Julia. 4. d. publ. Judic.* ubi addit, primùm Conſtantinum magnum gladii feciſſe pœnam. *l. quamvis. 30. C. de adult.* Et quamvis Diocletianus adulterium hîc inter capitalia referat crimina; id tamen ita eſt intelligendum, quia pœna ejus deportatio erat, cujus auctorem Tiberium fuiſſe, jam modò dixi. Ergo Imperatores, *in lege Tranſigere*, adulterium exemerunt, quia non habebat ſanguinis pœnam, licet fuerit tùm capitale. At inquis, cur Iuſtinianus, omnia ſua faciens, non immutavit? cur adulterium inter crimina exeepta remanere permiſit? Quia maritus primus, & præcipuas partes in accuſatione adulterii habet: & is tranſigens ſeu pecuniam accipiens, fidem ſui connubii nequiter corrupiſſe videtur. *l. de crimine. 10. C. de adult.* Anton. Faber. *2. coniect. 20. à prin.* Fachin. *1. controv. 1.* Arumæ. *ſupr. d. diſp. th. 36. & ſeq.* Dn. Bocer. *d. adulter. quæſt. 9. & ſeq.* quemadmodum & quivis alius, qui adulterii accuſationem omittit, ob pecuniam acceptam, lenocinii ſuſpicionem incurrit. *l. Miles. 11. ff. d. adult.* Unde jam olim ſub Imperat. Alexandr. *l. Mariti. 29. §. 2. ff. ad l. Jul. de adulter.* de adulterio non licuit paciſci. *l. de crimine. 10. C. d. t.* Sed gratis remittere non prohibitum exiſtit.

24. *An in criminibus ſanguinis non ingerentibus pœnam, tranſigi queat?*

POſterior Legis noſtræ pars, ita eſt concepta: *In aliis autem publi-*

tantùm inſpiciatur, quidni tranſactio debeat concedi? At ais, quomodo falſi tenetur, qui tranſigit in crimine non ſanguinis pœnam merente? Fateor equidem, non ipſum teneri L. Corneliæ pœnâ, ex SCto Turpilliano, tanquam calumniatorem, qui falſa crimina detulerit. Nil itaque prohibet, eum, qui de crimine falſi tranſigit, de falſo accuſari, quaſi judicii publici crimen deſtituiſſe videatur, quod non abſque calumnia intelligitur eſſe factum. *l. prævaricat. 3. §. f. & l. f. d. prævaricat. l. In SCtum. 15. §. 2. ad SC. Turpill. l. fin. C. de calumniator. l. ſpurii. 6. §. qui iud. 3. de Decurion.* Atque ita falſum committit, qui, cùm verum diſſimulat, prævaricatur: dum ab accuſatione deſiſtit, tergiverſatur. Faber. *coniect. c. 20.* Donell. *ad l. tranſigere. num. 68. & ſeq.* poſt Alc. & Hotom. nec non Nicol. Vallam. *tr. d. reb. dub. cap. 17.* Sicque de crimine publico, non ſanguinario, indifferenter tranſigi nequit. Ait quidem Cujacius, propterea falſum excipi debere, eò quod pertineat plerunque ad cauſam privatam; ſed tamen magis eſt, ut utilitas publica debeat prævalere. *l. 2. ff. de concuſſ.* Imò & alia crimina occurrunt, in quibus magis privata vertitur cauſa, neque tamen in iis tranſigere licet: ac quoque, quatenus criminaliter agitur de crimine falſi, eatenus ſemper publica utilitas promovetur; quæ interpretatio commodo pecuniario præferri debet. Non itaque firma omninò eſt interpretatio illa communis, ut verba illa, *citra falſi accuſationem, in l. h. 18.* importent exceptionem: quaſi crimen falſi, à cæteris criminibus pœnam ſanguinis haut ingerentibus excipiatur. Sed licet non præter rationem, ea verba ita enodare, ut, qui de crimine capitali tranſegerit, quod pœnam mortis non infligit, in SC. Turpilliani incidat accuſationem. Hancque opinionem amplectitur etiam Hunnius. *c. 3. b.* Quodque hîc *citra*, ſumatur pro *ſine*, etiam evincit, poſt Ant. Fabrum, Schifordegkerus. *lib. 2. tract. 21. à prin.* Tileman. *diſp. 8. th. 19. vol. 1.* Arumæ. *d. diſp. th. ult.* Diſſent. Fachinæus. *1. c. 8.* & ferè communiter Dd. Sed adhuc, quid *de criminibus* dicendum eſt *privatis, anne in iis licet tranſigere, vel paciſci?* Leges hîc diverſimodè loqui videntur. Ulpian. *in l. iuriſgent. 7. §. ſi paciſcar. 14. ff. d. pact.* ita reſpondet: *In cæteris omnibus ad edictum Prætoris pertinentibus, quæ non ad publicam læſionem, ſed ad rem familiarem reſpiciunt, paciſci licet. Nam & de furto paciſci Lex permittit.* Imò pactis legitimis acœnſet

cenſet Paulus JC. pactiones in cauſa furti & injuriarum, quibus nempe ipſo jure actio ſublata cenſetur. *l. ſi tibi. 17. §. 1. de pact.* Et confert hûc, quod *l. tranſigere. 18. C. h.* expreſsè mentionem facit criminum publicorum; quòd in criminibus publicis, ſanguinis pœnam non ingerentibus, prohibita tranſactio ſit: eoque innuere videtur, in privatis aliud receptum eſſe, argumentô à contrariis ductô. Ac porro ratio eſt utrobique diverſa: in privatis principaliter inſpicitur privatum; in publicis publicum intereſſe. Viciſſim *in l. 1. ff. de his qui not. infam.* infamis pronuntiatur, qui vi bonorum raptorum, furti &c. ſuo nomine fuerit pactus, quod nempe cenſeatur fateri crimen, qui paciſcatur. *l. Furti. 6. d. t.* Mihi probabilis diſtinctio videtur Fachinæi, *1. controv. 9.* aliorumque, quam faciunt inter criminalem, & civilem actionem: in criminali actione videtur eadem ratio militare, quæ in delictis publicis; in actione civili, nihil video quid impediat tranſactionem. Sicque leges generaliter loquentes, ex aliarum legum ratione, juriſque analogia putarem reſtringendas. arg. *l. inrugent. 7. §. ſi paciſcar. 14. d. pact. junct. l. un. C. d. inoffic. dotib.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro III. Pandectarum.

TIT. I. ff.

1. Quid ſit poſtulare? & de Advocatis.

POſtulare quid ſit, docet JCtus Ulpianus, cùm ait; *Poſtulare autem eſt, deſiderium ſuum, vel amici ſui, in Jure, apud eum, qui Jurisdictioni præeſt, aut apud Pedaneum Judicem exponere; vel alterius deſiderio contradicere. l. 1. §. 2. & §. Removet. 6. verſ. Item SCto. ff. h.* Et alibi idem ait: *Poſtulare hoc dicimus, pro tribunali petere, non alibi. l. Dies. 4. §. hoc autem. 8. infr. d. damn. infect.* Ergò *poſtulare, eſt petere, ut ſibi ratio & juſtitia fiat,* ut vulgus le-

gus loquitur. Fr. Polletus. *hiſtor. fori Rom. 4. c. 8.* Qui ex profeſſo munus hoc tractant, Advocati dicuntur. *t. t. ff. & C. h.* hincque advocationem præbere, ſumitur pro agere cauſam, *in l. ult. in pr. infr. de inoff. teſt.* Dictique ſunt, quod advocentur, accerſanturque, ut partibus adſint. Advocati enim dicuntur adeſſe litiganti, & cauſæ; quia præſentes in ſubſelliis, cauſam, in quam advocati erant, habitu, voce, nutu, vel aliàs tuebantur. Pollet. *lib. 2. c. 1. quem omninò vide.* Eorum officium, quàm honeſtum, quàm utile, quàmque neceſſarium ſit generi humano, vel ipſi divi Impp. Leo & Anthemius, *in l. 14. C. d. Advocat. diverſ. Judicior.* teſtatum reliquerunt. *Advocati*, ajunt, *qui dirimunt ambigua fata cauſarum, ſuaque defenſionis viribus, in rebus ſæpe publicis ac privatis, lapſa erigunt, fatigata reparant; non minus provident humano generi, quàm ſi præliis atque vulneribus patriam, parentesque ſalvarent.* Quare non injuria quis dixerit; Advocatos non modò *Medicis* eſſe præſtantiores, ratione ſubjecti; ſiquidem Medicinæ ſcientia præcisè ad curationem corporis tendat; ſcientia verò legalis principaliter ad animi curationem, & Reipublicæ tranquillitatem. Petr. Nicol. Mozzius, *d. contract. tit. de locat. & conduct. in pr. num. 16.* Verùm etiam advocatos ducere vitam meliorem, quàm Sacri verbi concionatores. Iaſ. *in l. 1. num. 8. de iuſtit. & iur.* Sylva Nuptial. *lib. 3. num. 20.* aut etiam Fratres prædicatores, vel quoſvis alios Religioſos, ut ſcribit Borgnin. Cavalcanus, Fiviz. *Deciſ. 33. num. 21. part. 1.* adde Græveum, *concl. pract. 43. lib. 1.* Ioh. Parlador. *1. rer. quotid. c. 2. num. 20. &c.*

Elegantis eſt quæſtionis; *An Advocati, inviti quoque, ad patrocinium parti præſtandum à Judice compelli queant?* quod affirmamus: vid. Bernh. Græven. *lib. 1. d. concl. 43. conſider. 1.* Everhard. Speckh. *cent. 2 quæſt. ult.* qui hoc repetit *cent. 2. Claſſ. 4. qu. ult.* Id tamen non indifferenter procedit; ut cuique judici integrum ſit, accerſere pro lubitu quemque: ſed eum ſolùm, qui ejuſdem vel eſt Conſiſtorii, vel ratione ſuperioritatis judici ſubjectus. Affirmationis noſtræ habemus textus ſat evidentes. Ait Prætor, *ſi non habebunt Advocatum, ego dabo.* Nec ſolùm certis tantùm perſonis hanc humanitatem Prætor ſolet exhibere, Fœminis puta, vel aliàs debilibus, vel his, qui ſanæ mentis non ſunt; verùm & ſi quis alius ſit, qui certis ex cauſis, vel ambitione adverſarii, vel metu Patronum non invenit. *l. 1. §. ait Prætor. 4. ff. h. t. l. necquicquam.*

§. Advocatos.5. ſ. de offic. proconſ. l. magis.5. §. in primis. 11. infra. de reb. eor. qui ſub tutel. Sed & interdum, in Advocatorum conſtitutione, officium ſuum interponit, ob nimiam ipſorum inæqualitatem, ne videl. ab unâ tantùm parte ſtent peritiſſimi. *l. 7. C. h.*† aut etiam ob partis paupertatem. Speckhan. *cent. 1. qu. 69. num. 12. & ſeqq.* quos ni defendat gratis, quando alia via in promptu non eſt, tenetur peccato mortali. Eman. à Sâ. *in aphoriſm. confeſſ. verb. advocatus.* Em. Rodriquez. *in ſumm. caſ. conſcient. p. 1. c. 4. num. 6.* Sic reſcribunt Imperatores in *l. 7. C. h. ſi quis monitus à Judice, ea excuſatione, quæ nequeat comprobari, cuicunque parti patrocinium denegaverit, careat foro: ſciat etiam, nunquam ſibi ad agendum copiam reſtitui poſſe.* Sicque cogere poteſt judex advocatum, etiam ſuæ juriſdictioni non addictum: ſi modo coram eo cauſas porrò agere velit. Nec eſt deciſio hæc rationibus deſtituta. Officium Advocatorum & Procuratorum quodammodo publicum eſt, *l. 2. d. R. I.* At officia utilitate & auctoritate publica, etiam invitis imponi, & recuſari non poſſunt. *l. ſi quis Mag. 9. cum ſimil. infra d. muner.* (2.) Advocatorum (ſi ordini vel collegio ſint adſcripti) munus & profeſſio eſt, partibus litigantibus inſervire: qui autem inſignia artis vel officia alicujus præ ſe fert & oſtentat; is in eo tenetur operam ſuam requirentibus præbere, etiam invitus: quod docent, & exemplis adſtruunt interpretes *ad l. invitus. 156. in pr. d. R. I.* (3.) Advocati multa & inſignia privilegia, immunitatesque habent recenſita, in *l quicquid. 5. & ſeqq. Cod. d. Advocat. diverſor. iudicior.* Ergo æquum eſt, ut ſentiant etiam aliquod onus. Et quæ hucuſque de recipiendo patrocinio in Advocatis notavimus, in ſuſcipienda pariter procuratione, quando aliquis procuratoris officio ſuſtinendo ſeſe dediſſet, procedere arbitrantur: Quamvis enim in *l. filiusfam. 8. §. 1. infr. d. procuratoribus.* dicatur: *Invitus procurator non ſolet dari;* quod repetitur *in l. invitus. 17. C. eod.* id tamen accipiendum eſt, de procuratoribus propriè ſic dictis, non qui ordinariè ad hoc munus ſunt deſtinati, quique etiam Advocati dici queunt: cùm nempe Advocatos accipere debeamus omnes omnino, qui cauſis agendis quoquo ſtudio operantur. *l. 1. §. Advocatos. 11. infr. d. extraord. cognit.* Speckhan. *d. quæſt. 69. à pr.* Verùm procurator coactè datus, perinde ut voluntarius, juramentum calumniæ ſubire non tenetur, ne ipſe calumniosè litem agere velit. Sicque juramentum hoc ſolùm proceſſum, citra commixtionem meritorum cauſæ, con-

concernit; qua de re videatur Andr. Gail. *1. obſ. 88.* * ubi formulam pro cautela addit, ut hujuſmodi procurator ex ſuperfluo remiſſionem hujus juramenti, quoad cauſæ Merita à Judice petat. *num. 9. & 10.* † & Græve. *1. concl. 88. conſid. 1.*

2. *An prohibitus poſtulare, prohibeatur conſulere domi?*

QUod regulariter nego: pertinet ad dignitatem Prætoris, ne ſine delectu paſſim apud ſe poſtularetur. *l. 1. in pr. h.* Si ergo aliquis poſtulare vetetur, hunc non admitti, ait Gajus JC. etiamſi adverſarius eum patiatur. *l. quos proh. 7. ff. h.* quia nempe honeſtatis hic militat ratio, cui privatorum conſenſus nequit derogare. *l. neque. 45. §. 1. d. Reg. Iuris.* E contra publicè prohibitus poſtulare, non prohibetur conſulere privatim domi: cùm utriuſque muneris non eadem ratio exiſtat, & diverſa ſint in jure, poſtulare, ac conſilium præbere. Vnde & de Advocatorum numero non eſſe Ulpianus reſpondet, qui cauſis non adſunt; licet aliquid accipiant pro tractatu. *l. 1. §. Advocatos. 1. d. extraord. cognit.* * Conſ. J. O. Tabor. *diſſ. ad π.* Weſ. *q. 7.* ubi hanc ſententiam uſu ſervari atteſtatur. Grat. *diſc. For. c. 55. n. 17.* Weſ. *in π. hic. n. 5.* ** Limitatur tn. hoc, ſi aliud expreſsè in ſententia fuerit dictum; cujuſmodi caſum refert Gylman. *in Symphor. ſupplet. tom. 2. p. 2.* † Cæterùm ex dictis malè Bartolus *h.* deducit: Doctorem, qui ſe obligavit contra aliquem non poſtulare, contra eundem privatim conſulere poſſe. Cùm enim in ea re, par utriuſque ratio ſit, quid abſurdius accidere poteſt, quàm ſi in fraudem contractus, & juris item in prævaricatores conſtituti, id admittamus? Paul Buſius, *in com. ff. ad l. 1. in pr. h. num. 2.* Nec ergò poſſunt eſſe ſeparata, quorum ratio eadem exiſtit. Sic Clericus ab Eccleſia beneficium habens amittit id, ſi poſtulet contra eandem. *cap. ult. ubi gl. extr. h.* Sic Vaſallus contra dominum, pro aliis, ſponte poſtulans, feudo privatur. Feudiſtæ, *adc. 2. verſ. item ſi delator. tit. 24 l. 1 Feud.* Et hoc idem dicerem in utroque; ſi nimirum adverſus Eccleſiam, vel Dominum conſulerent in ſecretis. Buſius, *ad l. pen. & ult. ff. h.* Nempe magis obeſt, qui clanculum alicui adverſatur, quàm qui apertè; & nulla eſt peſtis efficacior ad nocendum, quàm familiaris inimicus, quod ait Boët. *3. d. conſol. Philoſophiæ.* Tacitæ inimicitiæ magis ſunt metuendæ, quàm apertæ. Cicero *in Verrem.* Ac ut Senec. Tragicus alicubi ait:

 Pro-

Profeſſa perdunt odia vindicta locum.

Reipublicæ tamen Advocatus, contra ſingulos poteſt ſervire, Pfeil. *conſ. 189.* quia Univerſitas non ſunt ſinguli. Ego *de Jur. univerſit. cap. 3.* Sed quid, *ſi advocatus quotannis ſtipendium habet à partibus duabus, quas inter ſeſe litem moveri contingat, utri erit aſſiſtendum?* Iohan. Baptiſta Magonius *in Cynoſura Advocatorum, part. 1. c. 8. n. ult.* cenſet, advocatum teneri ad ſuſcipiendum patrocinium clientis antiquioris, cui primò dedit fidem; ſed cum iſta tamen diſtinctione: ut, ſi cauſa unius clientis ſit adeò dubia, ut, quæ æquior exiſtat, perſpici non poſſit, defendere debeat partes primi clientis. Ego prudenter Advocatum agere puto, qui contractui der Beſtallung / hac de re pactum apponit. Si nihil hac in parte ſit conventum, & hic, qui prior eſt tempore, jure potiorem eſſe putarem, arg. *l. potior eſt. 11. infra. qui potior. in pignore &c. l. 1. 2. 3. 4. & 8. C. eod. c. qui prior. 54. de R. I. in 6.* ut & vaſallus non contra antiquiorem Dominum adjuvat poſteriorem. *tit. 28. in fin. lib. 2. Feud.* Latè Roſenthal. *c. 8. concl. 15. & ſeqq.* Ac licet prioris clientis cauſa eſſet injuſta, non tamen puto poſteriori operam locari poſſe; ſed tutius facere eum exiſtimandum eſt, ſi advocatione utrinque abſtineat. * Videatur de eadem quæſtione Gryphiander. *in tr. d. art. acquir. & conſerv. patr. lib. 1. c. 16. num. 240.* Speculat. *lib. 1. tit. d. Advoc. §. 1. num 24.* Alexand. Tartagnus *in l. ſi filiofam. §. fin. num. 16. ff. ſolut. matrim.* † Si quis verò utrique parti ſimul, & in eadem cauſa, advocando, procurando, vel conſulendo inſerviat, prævaricationis committit crimen. *l. 1. §. 1. l. prævaricationis. 3. §. quod ſi. 2. d. prævar.* Everhard. Speckhan. *centur. 2. claſſ. 4. quæſt. 41.* Imò deſerere litem non poteſt, ſtatim quando partis jus & ſecreta ſcivit. Rodriquez *pag. 1. cap. 4. num. 5.* Bach. *diſputat. 8. th. 3. lit. A. fol. 316.* * Umm. *d. Proc. D. 2. concl. 9. n. 43.* ** ita, ut eo nomine (quia vel maximè clientis intereſt, ipſum non abſtinere) actio detur: & per mandatum ſine clauſula continuationem operæ ſemel ſuſceptæ ei rectè injungi non dubitet Mevius, *p. 4. deciſ. 248.* † Multò ergo minùs, poſt nudata ſemel cauſæ ſecreta adverſario patrocinabitur. Bach & Rodriquez. *dd. ll.* * Vid. tamen Mev. *p. 9. deciſ. 173.* † Sed & alia de Advocatis digna notitia ſubjungam. Advocati tenentur ad reſtitutionem omnium expenſarum, damnorumque, quæ clientibus ſuis, eorum culpa, fraude aut negligentia evenerunt. Eman. Rodriquez.

in

in ſumm. Caſ. conſcient. part. 1. cap. 2. n. 6. **eoque nomine contra ipſos comparata eſt actio in factum, arg § *fin. J. d. L. Aquil. l. 33. §. 1. ff. eod.* Bach. *ad Treutl. Vol. 1. Diſp. 18 th. 8. lit. d.* reſpectivè de Dolo. *per l. 47. princ. d. dol.* † Tenetur item ſervare ſecreta ſibi commiſſa, pariter ut Confeſſionarius; niſi certis quibuſdam in caſibus, de quibus Rodriquez. *d. loc. cap. 3.* Ideò teſtis eſſe nequit. Vide Dn. Bachovium, *vol. 1. fol. 310.* Iuriſperitum, qui ſciens, prudenſque, improbæ liti fuerit patrocinatus, mortale peccare peccatum; ac propterea teneri in Cœlitum foro, ac item utrique litigatori damna, omneſque impenſas præſtare, Caſiſtæ dicunt: adeò, ut S. Thomas, *22. qu. 71. art. 3.* & Dominic. à Soto, *de Juſtit. & Jur. lib. 5. q. 8. art. 3.* dicant, nec latam culpam hic excuſationem præbere. Si autem Iuriſperitus haut ignorantia laboret, ſed forſan anceps ſit, puta vel propter cauſæ difficultatem, vel varias Doctorum opiniones, tunc eum excuſari ajunt. vide Eman. à Sà, *in Aphoriſm. Confeſſ. verb. Advocatus ad fin.* Eman. Rodriquez, *ſumm. caſ. conſcient part. 1. cap. 2.* & adhuc magis, ſi dubium oritur ex facto; ac item in cauſa criminali, vel exiſtimationis, ſi ſerviat reo, licet adverſæ partis rationes præſtent. Parladorius, *1. rer. quotid. c. 2. num. 12. &c.* Eleganter latinæ eloquentiæ parens. *lib. 2. offic. Atque hoc præceptum officii diligenter tenendum eſt, neque unquam innocentem iudicio capitis arceſſas: id enim ſine ſcelere fieri nullo pacto poteſt. Nam quid eſt tam inhumanum, quàm eloquentiam à natura ad ſalutem hominum, & ad conſervationem datam ad bonorum peſtem, perniciem convertere? Neque tamen, ut hoc fugiendum eſt, ita habendum eſt Religioni contrarium, nocentem aliequin & nefarium, impiumq; defendere. Vult hoc multitudo, patitur conſuetudo, fert etiam humanitas Judicis. Eſt ſemper, in cauſis verum ſequi, patroni, nonnunquam veriſimile, etiamſi minus ſit verum, defendere.* Sic dicunt: ſi clientulus in cauſa poſſeſſionis jus habeat, in cauſa verò proprietatis carere videatur, poſſe eidem Advocatum in poſſeſſorio judicio ſuffragari. *argum. *l. ordinarii, 13. C. d. rei vindicat. l. incerti. 3. C. d. interdict. l. exitus. 35. d. acquir. vel amit. poſſeſſ.* † Innocent. *in c. paſtoralis n. 6. d. cauſa. poſſ. & propriet.* & Baldus *in Margarita verbo Advocatio.* hujus rei rationem reddit; quia nempe Advocatus, Legis, non hominis conſcientiam habere debet. Sicque ſequitur, advocato ſalarium ſive honorarium, non ſolùm, cùm vincit; ſed & tunc ſolvendum eſſe,

Digitized by Google

cùm ſuccumbit; ** dummodò ſine culpa ipſius hoc fiat: ſufficit enim, ſi bona fide & debita diligentia patrocinium præſtiterit, quemadmodum in ſimili de negotiorum geſtore reſpondet JC. in *l. ſed an ultrò. 10. ff. d. negot. geſt.* & de Medico *c. 1. diſt. 83.* * *l. illicitas 6. §. ficut. 7. d. offic. Præſid.* Defuturi namque eſſent, qui ſuaderent, vel patrocinarentur, ſi ſuaſiſſe periculum eſſet, Walther. *d. privil. Doctor c. 18. q. 82.* Umm. *D. ad Proc. 2. th. 10. num. 45.* Borcholt. *d. pact. c. 5. n. 87.* † Quin imo, ſi Martiali credimus, amiſſa cauſa plus debetur Advocato. ** Ita namque ille *l. 8. epigr. 16.* ad Sextum:

Egi, Sexte, tuam, pactus duo millia cauſam;
Miſiſti nummos quot mihi? Mille. quid eſt?
Narraſti nihil, inquis, & à te perdita cauſa eſt;
Tantò plus debes, Sexte: quòd erubui.

Fuiſſet nempè laus præmii loco, cùm victus econtra pudorem ferat. Speckh. *1: cent q. 21.* Si autem cauſa multa capitula habeat, & in uno tantùm vincat, palmarium in caſum victoriæ promiſſum obtinere pro rato tantùm, & ex arbitratu viri boni id dividendum eſſe, ait Speckhan. *2. claſſ 4. q. 42.* Salarium quidem ipſi debetur totum; ſed aliud eſt præmium, in caſu victoriæ ſtipulatum. Illud item communiùs receptum: Advocatum juſtæ liti patrocinantem poſſe, ſalva conſcientia, dolo, aſtuque & cavillationibus adverſarium circumſcribere fallaciaque fallaciam propulſare; pariter ut Ovidius ait:

Judice me, fraus eſt conceſſa, repellere fraudem.

Creti ſandum eſſe, adverſus Cretenſem, in proverbio fertur: modò tamen mendacium, vel perjurium abſit. Tiraquell. *præf. de retr. lignagi. num. 69.* Covarr. *1. var. cap. 2.* vid. *infr. me.* Hinc ajunt mendacia interpoſita in judiciis ab Advocatis, defendentibus cauſas juſtas, venialia eſſe; niſi accedat juramentum. Rodriquez. *dict. cap. 2. num. 5.* * quò pertinet *l. 14. §. 1.* ibi: *Juramentum præſtent, quod Verum & iuſtum exiſtimaverint &c. &c. Cod. de iudic.* Ord. Cam. Imp. *p. 1. t. 64.* Ius Provinc. Würtemb. *p. 1. t. 17. in fin.* † Sed non debet vel partem adverſam, ejuſque Advocatos, aut etiam Iudicem convitiari: agant, quod cauſa deſiderat, temperent ſe ab injuria. *l. quiſquis. 6. §. 1. C. de poſtuland.* ubi infamiæ pœna irrogatur, ſecus qui facere ſolent. Speckhan. *cent. 2.*

claſſ.

claſſ. 4. quæſt. 40. * confer Carpzov. *de Proc. tit. 5. artic. 7. num. 42.* Mevius. *part. 5. dec. 374.* ubi vide omninò † Ut autem non minus peccatum eſt, juſtam deſerere litem; quàm ſuſcipere injuſtam: ita haud debet obſtare pudor, quò minùs ſuſceptam, cùm melior videretur, litem, cognitâ inter litigandum iniquitate, Advocatus dimittat, litigatoremque vel ad cedendum, vel ad tranſigendum moveat. Parlador, *dict. loc. num. 23.* Nam & hoc maximum beneficium eſt, non vana ſpe fallere litigantem. *l. rem non novam. 14. §. patroni. 1.* ibi: *ſed &, ſi certamine procedente aliquid tale ſibi cognitum fuerit, à cauſa recedent, ab huiuſmodi communione ſeſe penitùs ſeparantes. C. de Judic. l. quoties. 9. §. ſicut. 5. de adminiſtr. & peric. tut.* * adeò ut, licet juratò promiſerit Advocatus, quòd ad finem uſque litis patrocinium ſit præſtiturus; emergente tamen ejus injuſtitiâ rectiſſimè eandem nihilominus relinquat, arg. *c. 28. x. de iureiur.* † Et ajunt Caſiſtæ, ab eo tempore, quo ſcit cauſam eſſe injuſtam, teneri adverſario de damno reſtituendo; ſi patrocinari pergat. Sa *in aphor. v. advocatus.* ** Cùm econtra ipſum eatenùs, ut partes ad Tranſactionem non iniquam perveniant, in mala quoque cauſa, operam omninò præſtare poſſe, intrepidus affirmet, poſt Gutierr. Dav. Mev. *p. 3. deciſ. 200. num. 9. & 10.* ubi dicit: In illa quæſtione, quam movent Caſiſtæ: *An Advocatus in mala cauſa, ſalvâ conſcientiâ, operam præſtare queat?* excipi ea, quæ bono fine circa mala fiunt, qualia ibi enumerat. † Finio hæc verbis M. Fabii Quintiliani, quæ *lib. inſt. orat. 12.* habet; quæ quidem ille ad Oratorem, nos ad Advocatum dicta putemus; ipſe ergo ita monet: *Ut ante omnia quidem liberum demus iis, quorum negotium erit, tempus atque locum, exhortemurq; ultrò, ut omnia, quamlibet verboſè, & unde volent repetita, ex tempore exponant; quia non tam obeſt, audire ſupervacua, quàm ignorare neceſſaria. Frequenter etiam & vulnus & remedium in his Cauſidicus inveniet, quæ litigatori in neutram partem momentum habere videbantur. Neque ſemel audiſſe ſit ſatis; cogendus eadem iterum ac ſæpius dicere litigator, non ſolùm, quia effugere aliqua prima expoſitione potuerunt, præſertim hominem (quod ſæpè evenit) imperitum; ſed etiam, ut ſciamus, an eadem dicat. Plurimi enim mentiuntur, & tanquam non doceant cauſam, ſed agant, non ut cum Patrono, ſed ut cum Judice loquuntur: quapropter nunquam ſatis credendum eſt; ſed agitandus omnibus modis, & turbandus, & evocandus litigator. Nam, ut*

Medi-

Medicis non apparentia modò vitia curanda ſunt; ſed etiam invenienda, quæ latent: ita Advocatus plura, quàm oſtendantur, aſpiciat. Nam, cùm ſatis in audiendo patientia impenderit, in aliam rurſus perſonam ei tranſeundum eſt, agenduſque adverſarius, atque proponendum, quicquid recipit in huiuſmodi diſceptationis natura: Interrogandus quàm infeſtiſſimè, atque premendus clientulus: Nam, dùm omnia quærimus ad verum, ubi minùs expectavimus, pervenimus. Multa etiam, quæ nihil ad cauſam pertinere crediderit, Advocatus eruet. Itaque rimari neceſſarium erit, quæ perſona, quæ tempora, quæ loca, inſtituta, inſtrumenta, cæteraque, ex quibus non tantùm illud, quod eſt artificiale, probationis genus colligi poſſit, ſed qui metuendi teſtes, quomodo ſint refellendi. Sic Orator cauſam perſcrutatus, propoſitis ante oculos omnibus quæ proſint, noceantve, tertiam deinde perſonam induat, Judicis, fingatque, apud ſe cauſam agi, & quod ipſum moviſſet de eadem re pronunciaturum, id potiſſimùm, apud quemcunque agetur, exiſtimet: & ſic rarò eum fallet eventus, aut culpa Judicis erit. Unum hoc addo: clientes contrahentes cum Advocatis, vel conſultoribus, ad numerum chartarum vel foliorum paciſci non debere, *argum. *l. final. §. 1. C. de appellation.* † Speckh. *cent. 1. quæſt. 34.* ne ſcil. hac conventione conſultoribus occaſio detur, in multiloquium & verboſitatem prorumpendi, quæ ſæpè optimam cauſam & conſultationem offuſcat, ſuſpectamve reddit; Iudici ſtomachum movet; ſenſum onerat, & intellectum pervertit. Sanè litium æternitatem magnamque confuſionem hæc res hodiè parit, officialeſque litium causâ creatos, litiumque miniſtros accumulat: cùm viciſſim aliter olim apud Romanos in uſu erat; quod vel ex Plinii & Symmachi epiſtolis apparet. Ac inde, operâ non adeò difficili, ſpacioſiſſimæ Provinciæ gubernabantur; in Imperatoriſque Aula, imò ab Impp. ipſis, lites ferè omnes, majoris quæ erant momenti, expediebantur. ** *An poſt nudata cauſa ſecreta, certum ſalarium paciſci poſſit Advocatus?* diſquirit Bouric. *tract. de offic. Advoc. cap. 44.* ubi per *l. 6. §. 2. C. de poſtul. l. 1. §. 12. d. extraord. cognit.* affirmativam defendit: cui contradicit Iul. Pacius, in *anal. C. hìc num. 29.* † *An pro cliente teſtis ſit idoneus?* vid. Pfeil. *conſil. 163.* * David Mevius, *part. 8. deciſ. 56.* Carpzov. *de Proc. tit. 13. art. 5. num. 43. & plurib. ſeqq.* ubi variè hujus quæſtionis deciſionem limitat.

3. Ad

3. *Ad tempus ab Advocando remotus, an admittatur poſt tempus?*

QUod affirmo, per *l. 8. ff. h.* ubi ait Papinianus: *Imp. Titus Antoninus reſcripſit, eum, cui advocationibus in quinquennio interdictum eſſet, poſt quinquennium pro omnibus poſtulare non prohiberi:* Item: *de exilio reverſum, poſtulare poſſe; nec adhibetur diſtinctio, quo crimine ſilentium vel exilium ſit irrogatum: ne ſcilicet pœna tempore determinata, contra ſententia fidem, ulterius porrigatur.* Adſtipulatur *l. 1. & 2. C. de his, qui in exil. dati, vel ab ord. moti ſunt. lib. 10. l. etſi ſeverior. 3. C. ex quibus cauſ. infam.* Multa ſunt, quæ huic enunciationi obſtant: in *l. generaliter. 3. §. 1. infra de Decurion.* dicit Ulpianus: *Si quis ob falſi cauſam, vel aliam de gravioribus, non ad tempus ſit relegatus; ſed ad tempus ordine motus, in ea cauſa eſt, ut poſſit in ordinem redire:* ubi JC. inter exilium & motionem ab ordine diſtinctionem facere videtur: quaſi relegatus, infamis maneat, etiam poſt tempus, & ideò poſtulare non poſſit. *l. 1. §. 5.* ibi: *item notavit perſonas in turpitudine notabiles. h.* cui conſentit *l. 2. in princ. & l. pen. in princ. d. t. de Decurionib.* quod tamen *d. l. 8. h. t.* impedire videtur, ubi exilium & remotio ab officio, hac in parte, æquiparantur. Ita variè hac de re leges noſtræ loquuntur, ut Cujacius putet, Ius & Conſtitutiones, hac de re, à ſe invicem diſcrepare: Iure nimirum, ad tempus ordine motum, ex crimine famoſo, etiam poſt tempus, infamem manere: Conſtitutionibus, poſt tempus, labem pudoris elui. *lib. 7. obſerv. cap. 19.* quod & Paul. Buſius probat, ad *dict. l. 8. ff. h.* ab eoque non alienus eſt Marq. Freherus, *3. d. infam. cap. 7. num. 13. &c.* & Anton. Faber, ad *dict. l. 8. ff. h.* Dn. Bachov. *diſputat. 8. theſ. 2. lit. E. fol. 312.* Duarenus, *h. cap penult.* ait: finitò tempore ſententiæ, infamiam quidem perſeverare; at non effectum ſuum ad poſtulationem porrigere. Rem puto dijudicandam eſſe ex *l. 5. infra. de Decurion.* ubi JC. ait: *Ad tempus ordine motos ex crimine, quod ignominiam importat, in perpetuum moveri placuit: ad tempus autem exulare iuſſos ex crimine leviore, velut tranſactô negotiô, non eſſe inter infames habendos.* Adjungenda eſt *l. qui cum. ~~4. 5. ad tempus.~~ 4. infra. de re milit.* ubi ait JC.: *Ad tempus relegatus, ſi expletô ſpatiô fuga militem ſe dedit, cauſa damnationis eſt quærenda, ut, ſi contineat infamiam perpetuam, idem obſervetur: Si tranſactum de futu-*

ro ſit, & in ordinem redire poteſt, & honores petere militia non prohibetur. Ex quibus colligo, diſtinguendum eſſe inter infamiam, quæ imponitur ex cauſa ſeu crimine, quod ipſo jure eſt famoſum, quale eſt adulterium, &c. *l. palam. 43. §. quæ in. 12. infra. de ritu nupt.* vel quod infamem efficit id propter crimen damnatum, quale eſt furtum, injuria &c. *l. Prætoris. 1. l. furti. 6. in princ. de his, qui not. infam.* & id quod ex arbitraria cauſa: ubi enim crimen aut condemnatio ipſo jure turpitudinem habet adnexam, ibi omninò eſt dicendum, perpetuò dedecus adhærere, etiamſi pœna tantùm temporalis imponatur, arg. *l. ordine. 15. in princ. infra. ad Municipal.* Perpetuus quippe Legis eſt effectus, quæ interdum tantùm conſiderat delictum, interdum, ut dixi, condemnationem: & tunc ſequitur ex Legis ordinatione infamia, quæ non revocatur ampliùs, ut nec ipſum delictum, cui accedit; cùm factum non poſſit reddi infectum. At, ubi delictum arbitrariæ eſt punitionis, cui non Lex pœnam turpitudinis præſtituit, ſed judex: tùm arbitrarer cum Weſembecio, *infra, de his, qui not. infam. num. 8.* notam unà cum animadverſione durare atque extingui; quam opinionem egregiè confirmat *l. falſi. 13. §. ordine. 1. infra. ad l. Cornel. de falſ.* ubi ait Papinianus: *Ordine Decurionum decem annis advocatum, motum, qui falſum inſtrumentum cognoſcente Præſide recitavit, poſt finem temporis, dignitatem reſpondi recuperare: quoniam in Corneliam, falſo recitato, non facto, non incidit.* Eâdem ratione plebejum ob eandem cauſam exilio temporario punitum, Decurionem poſt reditum rectè creari. Ex quo textu apparet, de arbitrariis tantùm pœnis eorum criminum, quæ ipſo jure haud infamant, id intelligendum eſſe, quod haud ſemel in jure noſtro repetitur: ad tempus ordini ſuo interdictos, vel exulare juſſos, poſt impletum temporis ſpatium, non infamari. Et ita aliud eſt infamia criminis, aliud remotionis: illa perpetua; hæc ceſſante remotione, non manet. At ais, in *l. Imperator. 8. h. t. n.* expreſsè reſponderi: non adhiberi diſtinctionem, quo crimine ſilentium vel exilium ſit irrogatum. Id verò ſic eſt interpretandum: non inquiri in illud tunc, cùm nec nominatim ſententia delictum famoſum eſt expreſſum, nec ex genere pœnæ de eo apparet. Sed hac de quæſtione videri etiam poteſt Hugo Donell. *comment. 18. c. 8.* & Iulius Pacius *lib. 2. ἐναντ. c. 20.* * Dn. Brunnemann. *ad leg. 5. ff. d. Decurionib.* †

4. An

4. *An Advocatus in propria cauſa, ſi adverſarius ei in expenſas ſit condemnatus, aliquid honorarii, pro opera navata; & tantum, quantum alii Advocato ſolvi debuiſſet, exigere poſſit?*

AC magis eſt, ut hoc indiſtinctè affirmem. Expedire cauſam propriam, utcunque peritiſſimus quis ſit, per alios agi conſulunt prudentes quique: cùm, in ſua cauſa, faciliùs quem conſternari voce, vel mente deficere contingat, minuſque quis affectibus temperare queat, quàm in aliena. Sicut & Cicero, teſte Dione, longè aliud eſſe dixit, & facilius, pro aliis verba facere, quàm pro ſe conſulere: unde P. Gregorius, *lib. 49. ſyntagm. 6. n. 36.* receptum eſſe perhibet apud ſuos, ne quis cauſam ſuam orare, aut ſaltem perorare poſſit. Sic & moribus Sabaudiæ eſt cautum, ut, quantæcunque doctrinæ quis ſit, Advocatum quærere, vel petere cogatur; ne per iram vel excandeſcentiam quid temere excidat. Ant. Faber. *in rational. ad l. 1. §. 15. h.* Apud Luſitanos pariter, Alvar. Valaſco. *conſult. 25. num. fin.* teſte, interdictum eſt Advocatis, propriis in cauſis, patrocinium ſibimet præſtare, affectionis immodicæ, nonnunquam à Iuſtitiæ tramite rectà deviantis, ſiticuloſæque conviciandi adverſario immodeſtiæ cohibendæ, reſtinguendæque cauſa. Apud hoſce Populos, ut inutilis eſt controverſia præſens; * Græven. *concl. 137. conſid. 1. n. 14.* Cavalcan. *tr. d. Brach. reg. part. 4. n. 301.* † ita apud nos, alio qui utimur more, utilitatem non exiguam habet. Et ſanè Advocatum, qui propriæ liti ſit patrocinatus, expenſas ſui patrocinii exigere non poſſe, inter omnes conſtare, Ioh. Parladorius ait, *2. rer. quotid. cap. fin. part. 5. §. 18. num. 14.* conſentit Alex. Trentacinquius, *lib. 2. var. reſolut. tit. d. poſtuland. reſol. ult.* Ant. Monterius de Cueva, *deciſ. 14.* * Bartol. *ad l. fin. C. d. fruct. & lit. expenſ. n. 7.* Calvol. *in concl. aur. §. advocatus. 6. num. 1.* Georg. Mundius à Rodach. *tr. d. diffamat. c. 5. §. 5. num. 61.* Menoch. *d. A. J. Q. l. 2. cent. 2. caſ. 154. n. 4. & ſeq.* † Approbant eandem opinationem, & Imperialis Cameræ præjudiciis roborant Andr. Gail. *1. obſ. pract. 151. num. 16. &c.* & Mynſing. *cent. 1. obſ. 2.* Roſacorb. *cap. 67.* communiſſimamque opinionem eſſe, Boërius notat, *deciſ. 210. num. 3.* Quam tamen cum hoc moderamine, accipiunt iidem: ut Advocatus aliquid, per mo-

Digitized by Google

dum damni & intereſſe, petere poſſit; quòd videlicet, eam ob cauſam, tempore excluſus, non potuerit aliis operam locare, ſicque damnum ex pattocinio propriæ cauſæ fuerit paſſus: ** pro quâ limitatione etiam pugnat, per textus & rationes ab ipſo adductas, Bened. Carpzovius *tr. d. Proc. tit. 24. art. 2. n. 15. & ſeqq.* Berlich. *p. 1. concl. 28. n. 52.* Riccius, *collect. 179.* Perez. *in Cod. t. d. fruct. & lit. expenſ. num. 10.* (2.) Eam limitant in Litis conſorte, cum quo Advocatus cauſam habet communem; ita ut quoad hunc gratis patrocinati ipſe non teneatur; ſed expenſas ab adverſario, pro ratâ illius, rectiſſimè repetat, per diſciplinam laudati Boërii, *d. deciſ. 210. n. 4.* Gailii, *cit. loc. num. 20.* Trentacinquii, *alleg. reſol. num. ult.* Vid. tamen Monterum à Cueva. *d. deciſ. 14. num. 69. & mult. ſequentib.* qui variè circa hanc ſecundam limitationem diſtinguit.†

Verùm, ſi rem æquitatis ſtaterâ accuratiùs trutinemus, indiſtinctè hoc in caſu legitimum honorarium petere poſſe Advocatum victorem, dicendum mihi videtur. Cur enim melioris conditionis deberet eſſe victus in cauſa, quæ agitabatur cum adverſario Advocato, tanquam cum aliena perſona? & cur Advocatus hac in parte fruſtrandus eſſet ſuo labore? Annon, aliud ſi diceremus, anſa daretur, lites cum advocatis magis temerariè ſuſcipiendi? Anne adverſario meo prodeſſe debet, qualis qualis eruditio mea, quam ſumptibus & laboribus non exiguis acquiſivi? Non debet, ex hoc accidenti, conditio adverſarii calumnioſi melior reddi; cùm utique per alium cauſam ille agere potuiſſet. Nec caret hæc opinio auctoritate: eam enim poſt Alvarum Valaſcum, & alios approbat Doctiſſimus Græveus, *concluſ. pract. 151. conſiderat. 1.* Dn. Bachov. *diſp. 8. th. 2. lit. c. f. 310.* Non itaque obſtat *l. quod ſi domi. 28. §. fin. ff. locat.* quem textum communem opinionem optimè firmare Gailius dicit. Reſpondet ibi Labeo JC. conductorem, coactum emigrare ex domo conducta, poſſe invitò locatore conducere aliam, eaque in ſpecie, locatorem teneri conductori tantum præſtare, quantum conductor ſine dolo malo præſtiterit alterius domûs conducendæ causâ: Quodſi verò conductor non conduxerit aliam domum; ſed gratuitam habuerit ab alio, tunc locatorem conductori nihil damni nomine præſtare. Reſpondeo, agi hic eo de caſu, cùm neceſſariò domus fuit reficienda, & propterea emigravit conductor: ubi ſane bona fides

des non exigere videtur, ut damni nomine aliquid conductori reſtituat locator; cùm damnum ibi non exiſtit. Quod beneficium non competere debet ei, qui temerè litem Advocato movit & cui non gratis ea eruditio obvenit; qua mediante in propria cauſa ſibi patrocinium præſtare poteſt. Nec refragatur noſtræ deciſioni *l. fin. C. d. fruct. & lit. expenſ.* ubi dicitur, victum victori condemnari in expenſas, quas fecit; non in has, quæ ex privilegio remittuntur: ad æqualitatem nempe ſervandam, ut quod uni ex privilegio remittitur, idem alteri remittatur. Sed id, quod diſponitur de litis expenſis, per privilegium Legis vel Principis remiſſis, non eſt ad eas expenſas trahendum, quas quidem victor non fecit pecuniæ aliqua erogatione, ſed tamen propriô labore & ſpiritûs fatigatione. Non me movet, quod adverſarii dicunt: in expenſis victoriæ venire tantùm expenſas circa litem factas, & non damna circa alias res ipſius victoris: Hoc enim non pertinet ad laborem, quem immediatè litis cauſa inſumo, & quem alius quilibet non Advocatus certâ mercede conducere cogeretur. * * Sed & limitandum eſſe hoc ipſum axioma, quando damnum in ipſa Victoris perſona cōſiſtit, nempe ſi talis ſit perſona, quæ ex ſua arte faciat lucrum, non ineptè cenſet Jaſon, in *l. properandum. 13. §. 6. num. 13. Cod. d. Judic.* monente Carpzovio. *d. tit. & artic. num. 20.* † Cùm ajunt, Advocati munus duntaxat eſſe perſonale, nec patrimonium minuere, ideoque in collationem expenſarum non venire; fallaciam petitionis principii committunt, & incertum per æquè incertum probant.

5. *Pactum inter Advocatum & clientulum, de quota litis initum, vel de certa re, ſuper qua litigabatur, in eventum victoriæ danda, jure non valere putatur.*

Cùm ſublatis Studiorum pretiis, etiam Studia ſint peritura, namque

In ſteriles agros nolunt iuga ferre iuvenci:

& verus, juſtus, honeſtuſque labor præmiis ſit decorandus; ideò nec JCti vel Advocati laboris præmiô deſtituendi erunt: quippè qui & optimo jure, juſtum patrocinium vendere poſſunt. *can. non licet. cauſ. 11. qu. 3.* Et quamvis olim Cinciâ Lege, Tacito. *lib. 11. cap.*

11. cap. 5. num. 3. & l. 13. c. 42. num. 2. teſte, vetitum fuerit, ne quis, ob orandam cauſam, acciperet pecuniam, donumve, quæ eadem lex muneralis dicta fuit. Feſtus *in Muneral. & Cincia.* ** Atque hinc quoque Plinius jactabundus glorietur, quòd, juxta normam priſcarum legum, nunquam advocationes ſuas voluerit eſſe venales; ſed pecuniis in hac re ſemqer abſtinuerit. *Tiraquell. d. Nobilit. c. 29. num. 25.* † poſtea tamen ** Romani ſanctis hiſce moribus uti planè deſierunt, & in tantum receſſerunt, ut nec quidquam publicæ mercis tàm fuerit venale, quàm perfidia Advocatorum, teſte itidem Tacito. *d. c. 5. Annal. num. 2.* donec tandem † Claudio imperante, modus capiendis pecuniis SCto poſitus eſt, uſque ad ſeſtertia dona, quæ egreſſi repetundarum tenerentur. ** Quod etiam approbavit ejuſdem in Imperio ſucceſſor & filius adoptivus Claudi⁹ Nero, jubens, ut pro patrociniis juſtam, certamque mercedem clientuli perſolverent. Sueton. *in eius vit. c. 17.* † Vnde Ulpian. JC. *in. l. 1. §. 10. d. extraord. cognit.* ait: *In honorariis Advocatorum ita verſari Judex debet, ut pro modo litis proq; Advocati facundia, & fori conſuetudine, & iudicii, in quo erat acturus, æſtimationem adhibeat: dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur:* quam mox *in §. 12.* 100. aureos eſſe dicit; * quod tamen Moribus, inprimis in gravioribus cauſis, non obſervari, autor eſt Finckelthuſius, *obſerv. 98.* † Et hodie fere ubique locorum, diverſo pretio Advocatorum labores ſunt taxati, ultra quod nihil exigere poſſunt: ** tametſi publicum & guarentigiatum deſuper confectum ſit inſtrumentum. Florus Diez de Mena. *l. 1. q. 8. §. 1. num. 50.* vel juramentò tale pactum ſit munitum, per tradita Mevii. *p. 8. deciſ. Viſmar. 135. num. 2.* † Cœterum ultrò ſibi oblatum omnino recipere queunt. vid. Mynſing. *2. obſerv. 75.* Quodque advocatorum ſalaria debeant eſſe moderata, etiam Caſiſtæ tradunt, Emanuel Rodriquez. *in ſum. caſuum conſcient. part. 1. c. 4. à princ.* ubi de honorariis immenſis. ** Vnde etiam, ſicut aliæ expenſæ victori adjudicatæ, ſalaria quoque Advocatorum taxationi & moderationi Iudicis ſubjacent haud dubiè. Carpzov. *d. Proceſ. tit. 24. artic. 4. num. 18. 19.* † Et quidem etiam tùm ſalarium Advocato debere putarem, cùm opera citra laboris impendium præſtita fuit: ſi nempè Advocato conſilium in promptu erat, nec eum oporteat revolvere libros; licet id gloſſa *in d. can. non licet.* & Lancell. Politus *d. officio. Advocat. cap. 4. num. 8.*

num. 8. negent: qui non ſcientiæ, ſed laborum duntaxat, ac operæ impenſæ intuitu, modum mercedis æſtimari volunt; quia, quod gratis eſt acceptum, gratis debeat rependi. Haud injuriâ tamen Chilianus König, *Proceſſ. part. 1. t. de Advocat. pag. 162.* cum quo conſentit poſt alios Græveus, *part. 1. concluſ. 44. num. 16.* diſſentire videtur: cùm non ſolùm præſentis laboris, ſed & exacti temporis in jure addiſcendo; * ſumtuumque antea impenſorum, laborum denique & ſudorum præteritorum, † ratio ſit habenda. * Tiraquell. *de Nobilit. cap. 29. num. 31. 32. 33.* Alciat. *l. 1. de V. ſignif. num. 63.* ** Unde Imp. in *l. 1. C. de Adſeſſorib. Studiorum labor hoc meretur,* inquiunt; & JC. in *l. 1. §. 10. de extraord. cognit. Advocatis Honoraria conſtitui pro illorum facundiâ,* notanter dicit. † Aliàs, quò quiſque in jure doctior, eò deterioris conditionis foret; * Hilliger in Donell. *l. 18. cap. 3. lit. Hhh.* Umm. *ad Proceſſ. diſp. 2. theſ. 10. num. 45. verſ. illud quæſitum eſt.* † liique tantùm Advocati, contra omnem æquitatem, remunerandi eſſent, qui (ut Ammiani Marcellini, *lib. 30.* verbis utar) ita ſunt rudes, ut nunquam ſe Codicem habuiſſe meminerint, & ſi, in circulo doctorum, auctoris veteris inciderit nomen, piſcis aut edulii peregrinam denominationem arbitrentur; ** & contra Diligentes ac Eruditi dolere cogerentur, operam ſe literis unquam dediſſe, ſi ipſis diligentia ſua damnoſa eſſet; ut in ſimili loquuntur Theod. & Valent. Impp. in *l. fin. Cod. de alluvion.* Addatur elegans hac de re exemplum Jacobi Mareſcotti, doctiſſimi in Senatu Pariſienſi quondam Advocati, relatum à Molineo, *in regul. Cancellar. ad reg. de veriſ. notit. num. 53.* † Salarium item Advocato ſolutum, ab heredibus repeti nequit. Pfeil. *conſil. 54.* & vid. Coroll. 8. *in lib. 1. ff.* Porrò autem quatuor modis, ſalarium ab Advocato ſive cauſam defendente peti poſſe, Ioh. Baptiſta Magonius, *in Cynoſura Advocatorum part. 1. cap. 8. à princ.* tradit; vel ſcil. condictione certi, ſi ſalarium certum fuerit promiſſum, vel ſtipulati actione, ſi quod promiſſum eſt, in facto conſiſtit, vel condictione ex Lege, ubi nudo pacto tantùm fuerit pollicitum, vel tandem judicis officio, Advocati facundiâ inſpectâ. *l. ult. §. 1. de O. & A. d. l. 1. §. 10. de extraordin. cognit. l. unic. Cod. de ſuffragio.* Addit & Speckhan. *centur. 2. claſſ. 4. quæſt. 44.* actionem locati: ** ut tamen videtur, minùs rectè: id enim, quod Advocatis pro patrocinio datur, magis in grati animi declarationem, tanquam

dni-

ἀντίδωρον, quàm in præſtitæ operæ compenſationem, tanquam e-juſdem merces, ſolvitur. Talia namque officia, propter dignitatem, æſtimationem non recipiunt. Vid. *l. 1. ſi menſ. falſ. mod. dix. l. 1. de extraord. cognit.* poſt Franzk. Bachov. Dn. Lauterbach/ *ad π. tit. locati. num. 9.* Illud certum eſt, quòd non ſolùm jure Actionis; ſed etiam mediante exceptione, jure Retentionis, ſi Acta adhuc penes ſe habeat, Advocatus ſalarium ſuum conſequi poſſit; per ea, quæ tradit Dn. Carpzov. *part. 2. cap 25. defin. 23. Jur. For.* Finckelthauſ. *obſ. 98. num. 25. & ſeqq.* Dn. Lauterbach/ *in Commentat. de Conſiliis. part. 2. cap. 1. theſ. 2.* † Hæcque cum Græveo, *d. concluſ. 44. conſider. 1. num. 11.* extendimus etiam ad Procuratores, ſolitos operas ſuas locare: ut iis nempe, quamvis de ſalario nihil ſit conventum, Iudicis officio, ex æquitate quadam naturali, ſalarium ſit conſtituendum; ** Quamvis enim, inſpecto jure Iuſtinianeo, hæc fortaſſis aliter habeant; arg. *l. 56. §. fin. ff. mand. l. 17. Cod. eod.* Hodie tamen in Camera Imper. & aliis benè ordinatis Tribunalibus, ordinariis Procuratoribus, non minùs ac ipſis Advocatis, Legitimum à Dominis ſalarium debetur. Ord. Camer. *part. 1. tit. 41.* ** An verò hæc & ſimilia ſalaria, in concurſu creditorum, aliquô gaudeant prælationis privilegiô, de hoc vid. Struv. *exerc. 30. th. 20.* Mev. *ad Jus Lubec. l. 3. tit. 1. artic. 11.* Carpzov. *p 1. c. 28. def. 30. & 45.* † Alias quæſtiones de honorariis Advocatorum, congeſſit Hilligerus, *ad Donell. 18. cap. 3. in not. lit. Hhb.* Speckhan. *cent. 2. claſs. 4. quæſt. 42. & 43.* Quod autem nulla contra victum, pro ſui ſalarii exactione actio competat victoris Advocato, probat Monterus *deciſ. 36.* Nunc Principalem hìc propoſitam quod attinet quæſtionem, firmatur deciſio noſtra; quòd nempe Advocati & procuratores cum clientulis ſeu ſuſceptis ſuis, de quota parte litis nequeant paciſci, multis textibus juris. *l. litem. 15. C. d. procurat. l. ſi contra. 20. Cod. mand. l. 6. §. ult. & l. ſeq. ff. eod. l. ſumptus. 53. ff. d. pact. l. 1. §. 12. d. extraord. cognit.* Et quòd ii, qui hoc modo paciſcuntur, ab officio, cum ignominiæ nota, in perpetuum removeantur, textus eſt expreſſus in *l. ſi qui. 5. C. de poſtuland.* quæ Lex canoniſata eſt *in can. infames. §. arcentur. 3. quæſt. 7.* Adſtipulantur communiter Dd. Cujac. *lib. obſervat. 8. cap. 31.* Trentacinq. *d. t. reſol. 1.* Magonius, *d. cap. 8. num. 38. &c.* Speckhan. *cent. 2. claſſ. 4. quæſt. 45.* Græve. *1. concluſ. 44. num. 24. &c.* Parthen. Litigioſus.

1. cap. 9.

Digitized by Google

1. cap. 9. num. 18. &c. Bronchorſt. *1. miſcell 21.* * Farinac. *p. 3. prax. & theor. Crim. quæſt. 106. num. 1. & 16.* Tholoſ. *l. 27. ſyntagm. c. 5. num. 32.* Guido Papæ, *q. 102. num. 3.* Neapolit. *digeſt. noviſſ. tom. 1. tit. Advocatus. cap. 17.* Alphonſ. de Olea. *d. ceſ. Act. tit. 3. qu. 11. num. 37.* Barboſ. *ad l. 5. Cod. d. poſtul. num. 23.* Franc. Becc. *Conſ. 49. num. 2.* † Nam ejuſmodi pactum facere, eſt contra legem & bonos mores paciſci: ſiquidem advocati & procuratores haberent nimiam affectionem ad cauſam, eam per fas & nefas (auß beydem Faß / prout quidam vertebat) obtinere cupientes. Tum etiam pactio hæc, Advocatorum, Procuratorumque avaritiam & lucri cupiditatem, à qua longiſſimè abeſſe debent, *l. quiſquis. 6. §. apud urb. 5. Cod. de poſtuland.* proderet manifeſtè. Et hunc paciſcendi morem, piraticum nominabat Quintilianus, ceu refert Marquar. Freher. *de exiſtimat. lib. 3. cap. 13. num. 2.* & in *l. 1. Cod. Theod. de poſtulando*, conſcelerata pactio indigitatur. Navarrus, *in Manual. cap. 24. num. 50. verſ. ſeptimò peccat.* eum, qui ita paciſcitur, deprædatorem, latronemque vocat. Et communiter Caſiſtæ improbant hocce pactum. Summa Sylveſtr. *verb. Advocatus, num. 12.* Hæcque concluſio, ut rectè Trentacinquius docet, *num. 3.* etiam tùm locum habet, quando Advocatus convenit de minima parte, ſub nomine quotæ. Non obſtat *d. l. ſi qui, 5. C. h.* in illis verbis: *Emolumenta ſibi certa partis, cum gravi damno litigatoris.* Dicere enim quis poſſet, certæ partis appellationem, de dimidia eſſe intelligendam. *l. nomen filiarum. 164. §. 1. de V. S.* & cùm gravis damni (quod litigator hàc pactione incurrit) mentionem faciat Imperator, ex contrario ſenſu dicendum videtur, ubi non eſt grave damnum, ibi licitum eſſe pactum de quota litis. Sed hæ conſiderationes non obſtant: quia tùm demùm, appellatione partis, dimidia venit; quando pars ſimpliciter profertur, & non quando profertur reſpectu partis alicujus: tunc etenim appellatione partis alicujus, etiam minima venit, argum. *l. qui concubinam. 29. §. 1. d. leg. 3.* Nec obſtat argumentum à contrario ſenſu, quia non tenet contra expreſſam juris prohibitionem; at in *l. quiſquis. 6. §. 2. Cod. h.* omnis pactio, omnis contractus, inter advocatum & litigatorem reprobatur. Sicque etiam illicitum erit pactum, de re certa vel particulari, ſuper qua litigatur, in eventum victoriæ dandâ; quia utrobique eadem ratio militare videtur. Et *l. 1. §. ſi cui. 12. de extra-*

ord. cognit. minimè obſtare docet rectè Bronchorſt. *d. aſſert. 21.* Tamen finitâ lite de ſalario paciſci licet. *dict. l. 1. §. 12.* ** imò, tunc etiam de quota litis paciſci licere, & actorem victorem, partem rei vel ſummæ ſibi adjudicatæ patrono ſuo dare vel cedere poſſe, non dubitat Farinacius, *in prax. crim. quæſt. 106. num. 50.* quamvis hoc minùs rectè pactum de quota litis (quippe quæ non amplius eſt) appellari, contendat Ioh. Brunnem. *tr. de ceſſ. Act. c. 2. n. 49. & 56.* adde, quòd omnis cauſa Pacti de quota litis prohibitiva in hac ſpecie quieſcat. † Licet item paciſci de ſalario debito, & ſumptibus ab ipſo Advocato impenſis, unà cum uſuris refundendis. *l. ſumptus. 53. d. pact.* ** Denique de Palmario quatenus liceat paciſci, accuratè diſquirit acutiſſ. Dn. Lauterbach/ in ſingulari de hac materia Tractatione; ubi vide omninò.

TIT. II.
DE HIS QVI NOT. INFAM.

6. *Stellionatus Judicium, famoſum non eſt, ſed coercitionem extraordinariam habet.*

STellionatus crimen, à Stellione, lacerto illo ſtellulis diſtincto, denominatur; quod Plinius nos docet *30. natural. hiſtor. c. 3.* cùm ait: *Quoniam nullum animal fraudulentius invidere homini tradunt; indè ſtellionum nomen aiunt in maledictum translatum.* Sic apud Apulejum. *5. d. Aſino aur.* de Cupidine ita conqueritur Venus: *Quid agam? quo me conferam? quibus modis ſtellionem iſtum cohibeam?* ** conferatur Calvinus, *in Lexic. verb. Stellio.* † Vnde colligi poteſt, hoc crimen eſſe: *cùm per calliditatem & diſſimulanter delinquitur, nec criminis titulus proprius, ſeu ſpeciale haud ſubeſt nomen; l. ſtellionatus. 3. §. 1. d. crim ſtell.* quanquam frequentiùs ad eum caſum referatur, ſi quis fortè rem alii obligatam, diſſimulata obligatione, alii diſtraxerit per calliditatem. *d. l. 3. §. 1. verſ. maximè. l. Tutor. 16. §. 1. l. ſi quis in. 36. §. 1. d. pignorat. act.* Et hoc ſenſu loquuntur omnes Leges Codicis, quæ ſunt ſub titulo, *de crimine ſtellionatus. An* verò *damnatus illo crimine, infamis ſit nec ne?* quæſtionis eſt maxumè controverſæ. Ulpianus quidem *in l. 2. infr. d. crim. ſtellionat.* ita reſpondet: *Stellionatus iudicium famoſum quidem non eſt, ſed coercitionem extra-*

ordina-

ordinariam habet. Idem tamen, *in l. qui ergò. 13. § ult. h. t. n.* ait: *Crimen ſtellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non eſt judicium.* Ant. Faber, tanquam alter in jure noſtro Alexander Magnus, nodum hunc Gordium ferro diſſecat; & in *d. l. 2. infr. d. crim. ſtellionatus.* voculam *Non* tollit, *lib. 4 conject. cap. 2.* Martinus & Bulgarus, antiqui Gloſſatores, ſtellionatûs judicium, non famoſum eſſe ipſo jure; ſed per ſententiam infamare ajunt, qua reus in pœnam ejus criminis damnatur: quæ etiam conciliatrix ratio omnium certiſſima videtur Dn. D. Bocero. *tr. de hac quaeſt. ſing. junctò tractatui de crim. Maieſt.* Marc. Lyclama, *1. membr. eclog. 10. §. 3.* non, pro non ſolum accipit; ac ſi Ulpianus, *in d. l. 2.* dicere velit: Stellionatûs judicium non quidem famoſum eſſe ſolùm, nec ad ejus expiationem infamiam ſufficere; ſed extraordinaria coercitione, præter infamiam, quæ ceu pediſſequa hujus criminis ſit, opus eſſe, Verùm ipſe Lyclam. *d. libr. 1. eclog. 21.* ab hac ſententia diſcedit. Gilb. Regius, *1. ἐναντ. 3.* Pacius, *2. ἐναντ. qu. 27.* & Aʒumæus, *diſput. ad ll. pracip. 5. th. 13.* haut improbabiliter putant: Cùm extraordinaria pœna ingeratur, infamare eam ita demum, ſi hoc ipſa ſententia comprehenderit judex, ſeu nominatim adjecerit infamiam; ** quorum opinationi ſuo quoque ſuffragio accedit Georg Adam Struven, *exerc. 48. th. 109.* † Probatiſſima mihi eſt Gloſſæ & communiter Doctorum opinio, quæ etiam arridet Donell. *18. com. c. 17.* & ibi Hilliger. *hr. R.* Iohan. Roberto. *4. ſent. 17.* Duaren. *1. diſp. c. 42.* Cujac. *10. obſ. 26. & lib. 1. Reſp. Papin. p. 15.* Weſenb. *in parat. de crim. ſtell. num. 3.* Nempe Stellionatus crimen, aut deſcendit ex cauſa, qua quis civiliter damnatus infamatur; vel ex cauſa, ex qua non infamatur civiliter condemnatus: Poſteriori caſu non infamat; Priori famam omnino tollit. Stellionatus crimen regulariter, ſuique natura, famoſum non eſt, quia publicis judiciis non adnumeratur; ſed coercitionem extraordinariam habet. *l. 2. d. crim. ſtellionat.* Infamen autem non ex omni crimine ſententia facit, ſed ex eo, quod judicii publici habuit cauſam, *l. infamem. 7. infr. d. publ. judic.* Sed tamen fit, ut crimen, etiam non publicum, infamiam condemnato importet, ſi nimirum ex ea actione fuit, quæ etiam in privato judicio infamat. *d. l. 7.* Cùm ergò Stellionatus crimen objiciatur interdum ex cauſa, qua competeret actio famoſa, puta de dolo; meritò damnatus eo crimine infamiâ notandus erit.

Quo reſpicit Ulpianus, *in d. l. quid ergo. 13. §. ult. h. t. noſtr.* cùm ait: *etiam ſi publicum judicium non ſit, infamiam tamen irrogare damnato crimen ſtellionatus.* Ubi ſanè haud regulam conſtituit; ſed potiùs voluit objectioni illorum occurrere, qui exiſtimare poſſent: cùm judicium ſtellionatûs publicum non ſit, idcircò nec ullo caſu damnato infamiam irrogare. Demus exemplum: Si quis rem uni obligatam, alii ſciens pignori obligaverit, tenetur contraria pignoratitia actione, quæ non eſt famoſa. Ergo non erit etiam, ex ea cauſa, criminalis ſtellionatûs actio, famoſa. Contra ſi quis merces, quas mihi debebat ex ſtipulatu, corruperit dolo malo, & ſic tradiderit, tenetur civili actione de dolo, quæ eſt famoſa. Erit igitur etiam, hoc caſu, judicium ſtellionatûs infame. Non obſtat, quod alii, præſertim Dn. Bocerus & Ant. Faber dicunt, eandem eſſe naturam & conditionem judicii ſtellionatûs, quæ eſt actionis de dolo; & quod in privatis eſt de dolo actio, id in criminalibus, ſtellionatûs perſequutionem eſſe. *l. ſtellionatus. 3. §. 1. de crim. ſtell.* Sed omnem actione doli condemnatum infamia notari. *§. ex quibuſdam. 2. d. pœn. tem. litig. & l. 1. h. t. noſtr.* Etenim non in omnibus comparatur actio de dolo cum judicio ſtellionatûs. Et quippe actio de dolo ordinaria eſt; ſtellionatûs crimen extraordinarium reputatur. Cujac. *10. obſ. 26.* Sed in hoc tantùm æquiparantur, *in d. §. 1. l. 3. d. crim. ſtell.* quòd nimirum ſtellionatûs perſequutio æquè ſubſidiarium remedium ſit, ac actio de dolo. Perperàm quoque contradicentes putant, dolum & omne crimen ſemper infamiam ſequi: in civilibus etenim & criminalibus, caſus reperiuntur, ubi dolus infamiâ non coercetur; ** id quod fit v. c. in actione de ſervo corrupto, L. Aquiliæ ob dolum intentatâ, rerum amotarum, & pluribus ſimilibus; † docente Lyclama, *d. eclog. 12.* Alia Dn. Bocer. & Fabri argumenta diluit Hilliger. *d. loco.* ut ibi apud eum videri poteſt. Et addi debet Dn. Bachovius, *vol. 1. diſp. 8. th. 6. lit. C.* qui viriliter contra Dn. Bocerum pugnat. ** Jacobus Menoch. *l. 2. A. J. Q. caſ. 381. num. 30.* Anton. Matthæi, *ad l. ff. 48. tit. 18. c. 3. n. 4.* Dn. Brunnemann. *ad l. 2. ff. ſtellionat. & ad l. 13. §. fin. ff. d. his qui not. infam. num. 5.* Wiſſembach. *diſp. 11. th. 23.* Anton. Perez. *ad C. tit. d. crim. ſtellion. num. 5.* Gomez. *3. reſol. 7.* I. O. Tab.. *racemat. ad d. t. th. 2.* Sande, *l. 5. Dec. Friſ. tit. 9. deciſ. 8.* †

7. Ut

7. *Ut Stellionatus judicium, pro cauſa diverſitate eſt famoſum; ſic etiam Relegatio & publica cuſtodia, non aliter, quàm ſi cauſa famoſa ſit, infamant.*

ROborat hanc deciſionem Marcellus JCtus, *in l. 22. h. t. n.* ubi reſpondet: *Ictus fuſtium infamiam non importat, ſed cauſa, propter quam id pati meruit, ſi ea fuit, quæ infamiam damnato irrogat. In cæteris quoque generibus pœnarum eadem forma eſt ſtatuta.* Unde Imp. Gordianus, *in l. Fuſtibus. 16. C. h. t.* reſcribit: *Fuſtibus cæſum, cui per Præconem ita dictum eſt, συκοφαντεῖς, id eſt calumniatus es, ut calumniatorem videri notatum; ideoque eſſe famoſum, manifeſtum eſt.* Pœnæ ergò genus non infamat, ſed cauſa: Non enim fuſtibus cœſum, ſed calumniatorem infamem eſſe, reſpondet Imperator. Accedit noſtræ ſententiæ Everhard Speckhan. *cent. 1. quæſt. 15.* Non obſtat *l. capitalium. 28. §. 1. ff. d. pœn.* ubi ait Calliſtratus JC. *Cætera pœnæ ad exiſtimationem, non ad capitis periculum pertinent, veluti relegatio ad tempus, vel in perpetuum, vel in Inſulam: vel cùm in opus quis publicum damnatur, vel cùm fuſtium ictu ſubiicitur.* Ferè eadem ſcribit *in l. pen. §. 2. d. extraord. cognit.* Non enim ejuſmodi pœnæ ſemper, ſed tum demum reſpiciunt exiſtimationem, cùm talis ſubeſt cauſa. *d. l. 22. h. t. n.* Ac ita ad famam pertinere dicuntur, non ideò, quòd exiſtimationem ſemper gravent, ſed quòd ad capitis periculum pertineant nunquàm. Neque obeſt, quod JC. Macer ait, *in l. quod ad. 12. infr. de pœnis. Quod ad ſtatum damnatorum pertinet, ſolam ſententiam, non genus criminis ſpectari.* Neque enim, dum ſolius ſententiæ mentio fit, excluditur juſta ejuſdem cauſa, ut ait Buſius, *ad ſæpè d. l. ictus. 22. h. t. num. 2.* Et quoque loquitur *l. 12.* de ſtatu damnatorum, non de fama: de pœnis capitalibus, non iis, quæ pertinent ad exiſtimationem. Sicque qui ad beſtias damnatur, confeſtim fit pœnæ ſervus, nec attenditur crimen: id quod tamen fit in pœnis, quæ infames interdum, interdum non infames habentur. Ad beſtias nemo damnari poteſt, niſi fiat ſervus. Relegari quis poteſt, nec fieri infamis. ** Hincque Nobilem quendam, qui ob exceſſum in ſui defenſione commiſſum relegatus fuerat, famoſum dici haud quaquam poſſe, contendit Hartman. Piſtor. *obſ. 177. n. 45. & ſeq.* Brunnem. *ad l. 5. d. extr. cogn. n. 3.*

Conſentit Dn. G. A. Struven, *exerc. ad π. 7. th. 23.* Bened. Carpzovius *in Prax. crim. p. 3. q. 136. num. 51. & 52.* ubi tamen addit: Cùm moribus hodiernis infamia ex hominum opinione magis æſtimetur; non eſſe dubitandum, quin & ad certum aliquod tempus (ex cauſa non famosâ) relegati fama aliquâ maculâ laboret & is pro infami vulgo habeatur. Contrarium docet doctiſſ. Bachovius, ad Treutl. *vol. 1. d. 8. th. 7. lit. K.* † Adhuc minus dubium eſt de carcere, cuſtodia publica, vinculiſvè, per *l. 1. Cod. hìt. noſtr.* Speckhan. *d. cent. 1. quæſt. 16.* Freher. *3. d. infam. c. 5. num. 12. & ſeqq.* * Dn. Brunnemann. *ad l. ictus. 22. num. 1. & ſequentib. hîc.* ubi ex Manzio adducit exempla, & contra Simonem à Grænevvegen, qui *d. l. 22.* diſpoſitionem uſu non ampliùs ſervari contendit, latè inſurgit. Dn. Carpzov. *in prax. crimin. p. 3. q. 136. num. 53.* Bocer. *cl. 6. D. 8. theſ. 11.* † Multa in praxi notatu digna, ex hactenus diſputatis deduci queunt. Sæpè fit, ut is, qui culpoſum homicidium committit, vel relegetur, vel etiam ſimili pœna afficiatur, infamis tamen non fiat; ſed ſalvam & integram retineat exiſtimationem, ut Weſemb. reſpondet, *conſ. 19. ad fin. vol. 1.* quippe quæ non lædatur, quoties ex culpa, quamlibet lata, damnatur reus; * in terminis Carpz. *d. p. 3. q. 135. n. 55. & 56.* ubi præjudicium. Sic itidem tormenta, ad eruendam veritatem adhibita; niſi reus delictum confiteatur, vel convincatur, non infamant, ut docet Freher. *dict. cap. 5. num. 14.* ** Gomez. *var. reſol. tom. 3. c. 13. num. 28.* ubi rectiſſimè porrò docent: Quòd nec levis notæ maculâ his adſpergatur: Cùm enim per Torturam indicia ſint purgata; arg. *l. 8. d. quæſtion.* adeò, ut ſecundum veriorem, praxi quotidiana, juxta Carpzov. *prax. crim. q. 125. n. 14.* comprobatam, definitivè talis abſolvendus ſit, *per l. fin. C. d. calumn. junct. l. 3. C. d. ſent. & interloc.* ſanè non poterit ex ipſo modo, ad veritatem eruendam adhibito, Maculæ quidquam adhærere; quemadmodum in terminis reſpondent Struvius, *exercit. ad π. 7. th. 21.* & Dnn. JCti Jenenſes apud Chriſtophorum Philippum Richter. *part. 1. deciſ. 80. num. 30.* adjecta ampliatione, ut idem procedat, etiamſi Reus Tormenta perpeſſus non plenè abſolutus; ſed ob gravia indicia vel relegatione vel pecuniariâ pœnâ plectendus eſſet; arg. *l. 4. §. fin. & ll. ſequent. hic.* vid. tamen Dn. Brunnemann. *ad l. 14. Cod. ex quib. cauſ. infam. irrogat.* Multò igitur magis idem obtinebit, ſi quis ob nonnulla indicia tantùm territus fuerit; ut iterum docet laudatus Richterus, *alleg. deciſ. n. 33.* † *8. Pœna*

8. *Pœna gravior ultra Legem impoſita, exiſtimationem conſervat.*

Mirabilis hæc propoſitio alicui videri poſſet: ſed eſt tamen in jure noſtro maxumè fundata, nec quoque caret ratione. Ita enim reſpondet Ulpianus JC. *in l. quid ergo. 13. §. pœna. 7. ff. h.t.* cùm ait: *Pœna gravior ultra legem impoſita, exiſtimationem conſervat; ut puta, ſi eum, qui parte bonorum multari debuit, Præſes relegaverit, dicendum erit, duriori ſententia cum eo tranſactum de exiſtimatione eius, idcircoque non eſſe infamem.* Cui conſonat *l. ſi Poſſidonium 4. C.h.t.* Sic & Macer ait, *l. in ſervorum. 10. §. 2. d. pœn. In perſonis tam plebeiorum, quàm Decurionum illud eſt conſtitutum, ut, qui maiori pœnâ afficitur, quàm Legibus ſtatuta eſt, infamis non fiat. Ergò etſi opere temporario quis multatus ſit, vel tantùm fuſtibus cæſus, licet in actione famoſa, veluti furti; dicendum erit, infamem non eſſe: quia & ſolus fuſtium ictus gravior eſt, quàm damnatio pecuniaria.* Facit etiam *l. interdum. 56. §. 1. d. furt. l. ordine. 15. in pr. ad Municipal. l. ad tempus. 5. de Decurion.* Amplectuntur hanc ſententiam, iiſdem illis locis Gothofredus, Bart. Alber. Caſtrenſ. alii: & ex recentioribus Paul. Buſius, *ad d. l. 13. §. 7. h. t. noſtr.* Donell. *13. com. cap. 8.* Freher. *tr. d. infam. lib. 3. cap. 7.* Pacius, *ἐναντ. cent. 2. quæſt. 25.* Quæ tamen ſententia, ut ex textibus adductis patere poteſt, tum demum locum habet; cùm vice pecuniariæ pœnæ Iudex injunxerit relegationem, aut aliàs, loco pœnæ minoris, impoſuerit pœnam non pecuniariam, ordinariâ pœnâ majorem. Si enim pœnam pecuniariam judex adgravaſſet, veluti, ſi furem non manifeſtum in quadruplum condemnâſſet, oneravit quidem pœnâ auctâ reum; verùm hæc res exiſtimationem ei non conſervat, *d. l. 13. §. pœna. h. tit. noſtr.* Et ratio eſt in promptu, quòd nempe infamia perſonam, non patrimonium concernit; nec inter pecuniam & famam proportio eſſe poteſt; ** quod idem etiam placet Ioanni Brunnemanno, ad *l. 13. §. 7. hic. num. 1.* ubi tamen addit: Principem, etiam inferiorem, pecuniariam quoque pœnam adgravare & famam reſervare poſſe, ſaltem ex ratione *citati §i. 7mi.*† Econtra, ſi nummariam pœnam, ſententiâ ſuâ, in corporalem verterit judex; veluti ſi furem, qui duplo vel quadruplo multandus erat, fuſtibus ſubjecerit, vel caſtratorem ſervi, aut tergiverſatorem, aut ambitorem, aut de vi privata, aut repetundarum

rum

rum damnatum, qui parte bonorum exuendus erat, relegaverit Præſes, aut in publicum dederit opus; certum eſt, duriori ſententiâ quaſi tranſactum de exiſtimatione rei: Pœna enim corporalis gravior eſt quâvis multâ, quovis bonorum damno, & par eſt ratio infamiæ cruciatûſque: cùm corporis & famæ periculum æquiparentur. *l. juſta. 9. infra. de manumiſſ. vindict.* Sed obſtare videtur *l. furti. 6. § pactuque. 3. h. t. n.* ubi dicitur: *tranſactionem quoque infamare delinquentem, aquè ac ſententiam ipſam.* Ad quam reſpondetur rectè: Non hîc de vera agi tranſactione, ſed de quaſi tranſactione, auctoritateque judicis factâ. Non hîc agimus de vera tranſactione, quæ duorum conſenſu conſtat; ſed de tali, quæ unius conſenſu, judicis nempe, perficitur, cujus arbitratu, una pœna in aliam commutatur; quam rem, tranſactionem leges noſtræ, quoad ſimilitudinem, vocant. Etenim, ut tranſigendo diſceditur à lite, aliquo præſtito; ita hîc infamia reus liberatur, gravioris pœnæ ſatisfactione. Inde ſi pœna aggravetur ob circumſtantias aggravantes, aut reſpectu perſonarum exaſperetur, aut, ad exemplum aliorum, ob delicti frequentiam; tum infamia manet: Ut enim tranſactum de infamia intelligatur, neceſſe eſt, auctam pœnam eſſe, non ex ſententia legis, ob delicti aliquam nativam, ſive cohærentem qualitatem, ſed ob extrinſecam & adventitiam cauſam; ac item eo fine, ut infamia minuatur, poſt Scip. Gentil. Hilliger *ad Donell. 18. cap. 8. ec.* poſt Duaren. Freher. *d. infam. 3. cap. 7. ſub num. 10.* *quò pertinent, quæ notanter in eandem ſententiam, ex Donello, Bachovio, Molina, & aliis commentatur Dn. Brunnemann, ad *ſaped. l. 13. n. h. tit.* ubi ſic: *Si non tantùm gravior ultra legem; ſed & ultra merita dictata ſit pœna, de infamia videtur tranſactum. num. 1.* Ex quibus etiam patet reſponſio ad *l. 63. d. furt. & l. 40. de injur.* ubi dicitur: Præſidem efficere non poſſe, ne furti, aut injuriarum damnatus, infamis fiat. Nempe hoc verum eſt, ſi ſimpliciter ſic damnavit: *Condemno te in duplum vel quadruplum, ſalvâ exiſtimatione.* Non, ſi in locum infamiæ, alia pœna ſubſtituatur. At porrò inſtas: pœnam ordinariam (infamiam nimirum) hoc in caſu, judicem mutare non poſſe: quippe pœnæ perſequutio non mandatur judicis voluntati, qui de facto, non de jure cognoſcere debet; ſed reſervatur auctoritati legis. *l. 1. §. quorum. 4. ad SC. Turpill.*

Digitized by Google

Turpill. Et nulli judicum licet, delatum ad ſe crimen, minori aut nulli coercitioni mandare; niſi ipſe idem pati velit, quod aliis diſſimulando conceſſit. *l. Nulli. 3. in f. Cod. ne ſanct. baptiſm. iteret.* R. Iudicem non facere aliquid juri adverſum, qui infamiæ pœnæ aliam ſubſtituit proportionatam; idque ex cauſa: Nec enim judex debet ſemper inſtituere ejuſmodi permutationem; ſed ſi ipſius religioni hoc ita videatur, nempe propter aliquas circumſtantias, & perſonæ qualitatem. ** Tametſi verò Simon à Grænewegen non dubitet adſerere, quæ hîc traduntur, uſu abrogata, &, ut ipſe loquitur, hanc ſubtilitatem nullius hodie momenti eſſe; ad ſæpiùs alleg. *l. 13. §. 7. hîc.* ubi laudat Mornac. & Autumn. attamen contrarium non ſaltem propugnat Ioannes Brunnemannus ad *dict. l.*; ſed etiam ex illis patere poteſt, quæ in terminis hîc habet Erneſtus Cothmannus, *Conſil. Academic. 50. num. 23.* ubi dicit: Non ſe videre aliam cauſam, cur Rector Academiæ Tubingenſis, ob furtum perpetratum, Caſtritium, Scholarem ingenioſum, & doctum, eumque annis minorem, virgis juſſerit cœdi; quàm ut iſtâ ſeveritate, ſtudioſum illum à furto repetendo deterreret, & ſimul famam ejus conſervaret, ſeu, uti Interpretes noſtri loquuntur, cum infamia diſpenſaret. Vid. plura *ibidem.*

** Cœterùm, ſicut exaſperando pœnam tacitè Iudex de exiſtimatione diſpenſare poteſt; ita ipſum multò magis, ob juſtam & probabilem cauſam, in Actione injuriarum; dummodò injuria non nimis ſit atrox, vel admodùm frequens (de quo videſis Harppr. ad §. *10. num. 120. Inſtit. de iniur.* Autor. ad *part. 1. tit. 76. Jur. Prov. VVürt. th. 166.*) Famam reſervare poſſe, nullus dubitat Carpzovius, *in prax crimin. q. 94. num. 79.* Quamvis enim ſententiæ in hac Actione condemnatoriæ ita adhærere infamiam, ut ab iſta omninò ſit inſeparabilis, ac propterea honorem fruſtra reſervari, contendat Zaſius, ad *l. 45. §. 1. de re iudic.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. D. 30. th. ult. lit. D.* Contrarium tamen quotidie confirmat tum uſus Forenſis; tum etiam Dd. ſententia communis. vid. Fürſtl. Würt. Landr. *part. 1. tit. 76.* §. Daß unſere Unterthanen. & *praeced.* §. im fall aber. ubi talis reſervatio non ſaltem permittitur; ſed & expreſsè Iudicibus injungitur. Gail. *1. obſ. 65. num. 5.* Freher. *d. exiſt. l. 3. cap. 8. num. 18.* ita, ut nec interſit amplius, Superior Judex ſit, an inferior; Blarer, in *l. diffamari princ.*

num.3. &c. ſi judex non reſervet famam, ubi tamen ob perſonæ qualitatem vel aliam circumſtantiam reſervari debuiſſet, juſtiſſimè propterea condemnatus appellet; per tradita Mevii, *part.5. deciſ.367.* Ioannis Brunnemanni, ad *l.13. hic. n.3.* quo tamen non opus habere ſubditos Würtembergicos haud obſcurè colligitur ex Ordinat. Dicaſterial. *part.3. tit.25.* §. doch ſollen. quippe ubi, injuriarum ſimpliciter condemnatos, infamiam ipſo jure evitare, his verbis diſponitur: Daß die Vnterthanen ihrer Ehren (per ſententiam condemnatoriam: de qua in *prox. præced.* §.) nicht entſetzet ſeyn ſollen; quod & ſentit Ioann Harpprecht *loc. ſupra cit. num.120.*

9. *Spurii, ne quidem facti infamiâ notantur, minùs infamiâ juris.*

OLim ſpurius dicebatur, qui ex ſcortatione, ſtupro, adulterio, inceſto natus erat: unde fit, ut Papinianus, de ſpurio loquens, eum quoque intelligat, qui natus ſit ex inceſtu, *l. ſpurii.6. ff. de decurion.* Et errare videntur Cujac. *obſerv. lib.5. cap.6.* aliique, dum ſpurios & vulgò quæſitos accipiunt pro uno eodemque: Nam alium eſſe ſpurium, alium vulgò quæſitum; niſi quod patriam poteſtatem attinet, diſerte docet Juſtinianus, *in §. ſi adverſus.12. Inſtit. de nupt.* Ac proinde omnes vulgò quæſiti ſpurii ſunt; ſed non omnes ſpurii ſunt vulgò quæſiti, ut ſcitè tractat Anton. Faber. *in Juriſpr. Papin. tom.1. tit.3. part.4.* Iridem in jure noſtro, nomen naturalium liberorum æquivocum eſt, quod probè obſervavit Anton. Faber, *decad.35. error.5.* Aliquando enim ad eos tantùm refertur, qui in ſervitute & contubernio ſunt nati, ſive ex patre ſervo & ancilla, ſive ex patre ſervo & libera matre, ut conſtat ex *l. fin. de his, qui ſui, vel al. iur. l. Lucius. 88. §. Dama. 2. d. legat. 2. l.4. C. de interdict. matrim.* Aliquando nomen hoc ad eos pertinet tantùm, qui ſanguine & naturâ liberi ſunt, non adoptione, ut in *l. ſi pater.29.* & *l. non poteſt.31. de adopt. l. impuberem. 2. l. mulierem.5. C. eod l. quidam.132. de V.O.* Quæ quidem liberorum naturalium ſignificationes, longè retrò ſeculis uſitatæ fuerunt; * conferatur Arnold. Vinnius ad *§. fin. Inſt. de nupt. n.2.*† Alia verò adhuc naturalium liberorum, & uſitatiſſima ſignificatio eſt, quâ nimirum eos denotamus, qui nati ſunt ex cive Romano & Concubina. Cujus ſignificationis veſtigia nulla occurrunt apud

apud veteres juris auctores; ſed demum ſub Conſtantini Imperio, hujuſmodi naturales liberi cogniti fuerunt, ut Iuſtinianus Imp. diſertè ſcribit, *Novell. 89. in princ.* & ad quos pertinet *tit. Cod. de natural. liber.* Iidem quoque ibidem Nothi appellantur, in Græco textu. Cujac. *ad Nov. 18. & 5. obſ. cap. 6.* Forſter. *lib. 6. de ſucceſſ. cap. 22. num. 2.* Iuxta quæ non videtur congruens rationi, ut, ſi quæ lex nominatim loquatur de ſpuriis, illam extendamus ad filios naturales. Non item approbare poſſum, quod ſcribit doctiſſimus Caſp. Schifordegkerus, *libr. 3. tr. 25. quaſt. 10.* Illa omnia, quæ de naturalibus liberis diſpoſita fuerunt, amplius nullum locum habere; cùm naturales liberi dicti fuerint ex concubina ſuſcepti, & verò concubinatus, olim toleratus, nunc prorſus prohibitus exiſtat. Conſtat enim & conſuetudo atteſtatur quotidiana, adhuc hodie inter ſcortationē & concubinatum differentiam eſſe, minuſque honeſtum reputari, Veneri Pandemæ operam navare, quàm unâ concubinâ vivere contentum. Idque apud eos præſertim locum habere puto, qui immediatè Imperio ſubjecti, & propriam habent juriſdictionem; nec in iis locis degunt, ubi ſingulari ſtatuto concubinatus prohibetur. ** Omninò tamen (quicquid de illis ſit, qui immediatè Imperio ſubjecti) de cæteris extra dubium eſt, hodie in Imperio Romano-Germanico (poſtquam juxta LL. Divinas, ad quas aliæ omnes, tanquam ad Lydium lapidem revocandæ, extra legitimum matrimonium omnis, & ſic concubinaria quoque conſuetudo, conſtitutionibus damnata. Vid. Reformatio guter Policey zu Augſpurg. *d. Anno 1530. tit.* von leichtfertigen Beywohnungen. & *de Anno 1548. 1577. eod. tit. qui eſt num. 26tus.* Carpzovius, *in prax. crim. part. 2. q. 70. num. 41.*) nullos Liberos naturales eô ſignificatu ampliùs reperiri, quô de jure Iuſtinianeo propriè, nimirum ex concubina nati, appellabantur; ut obſervavit Celeberr. Dn. Lauterbach/ *in diſput. de Legitimat. per ſubſeq. matrimon. th. 30.* Sed quòd propterea jura naturalium liberorum nullum amplius locum habeant, equidem nollem affirmare: & facilè contrarium evincunt jura legitimationis; Vid. Idem *ibidem.* & alia ſimilia, quibus æquè frequenter, circa liberos ex ſtupro & alia ſimili conjunctione natos Noſtri hodie utuntur, ac LL. Romanæ circa progenitos ex concubinatu. † Sed & aliquid præmittendum eſt, de pertrita illa *civilis infamia* partitione, *ut iuris quadam ſtatuatur, quadam facti.* Atque

Nn 2 hæc

hæc quidem ita definitur: *Ut ſit, quâ hominum opinione nota inuritur, qua quidem non omni prorſus honeſtatis opinione aliquem ſpoliat; ſed tamen pudorem apud bonos, graveſque viros onerat.* Unde alicubi nota Nominis, honoris nævus, ſutorium atramentum, Tullio macula, & inhoneſtamentum ab Apulejo indigitatur. Duaren. *diſp. 1. cap. 42.* Freher. *3. de exiſt cap. 1. num. 8.* Eaque diſtinctio, licet verbis legis non apertè prodita, commoditatis tamen docendi gratiâ, retineri poteſt; * arg. *l. 13. C. hîc. l. 2. de obſ. par. & patr. praſt. l. 10. l. 22. ff. h. l. 27. C. de inoff. Teſtam. l. 25. C. ad l. Jul. de adulter.* Hilliger *ad Donell. lib. 18. cap. 6. lit. i.* Frantzk. *h. num. 4.* Arnold. Vinnius, *Jur. Contr. l. 3. cap. 20.* Struv. *Ex. ad π. 7. th. 16.* quicquid contra ſentiat Donell. *8. c. 6.* & Anton. Faber, ad *l. 4. §. 4. in rational. h. t. noſtr.* Effectus infamiæ hujus interpretes noſtri produnt ſingulares, videlicet, quòd facti infamiâ laborantes non admittantur ad dignitates; * *l. 2. C. de dignit.* ubi ſub vocabulo Turpitudinis, hanc ipſam facti infamiam notari, rectè docet Carpzovius, *part. 1. deciſ. 17.* † Quòd non cenſeantur eſſe teſtes omni exceptione majores; * *l. 3. de teſtib.* Dn. Struv. *ad π. Ex. 7. th. 17.* † Quòd teſtamento inſtituti, à fratribus præteritis vel iniquè exheredatis motâ inofficioſi querelâ, ab hereditate repellantur. * Struven. *d. l.* Quòd ad juramentum ſuppletorium, non admittantur, * per tradita Diodori Tulden. *in Cod. t. de inoff. teſtam. num. 1.* & Arnold. Vinn. *ſel. qq. l. 1. q. 44* † Qui item tali infamiæ ſpecie prægraventur, enumerat Speckhan. *1. quaſt. 71.* Nunc igitur porrò erit diſpiciendum: An hi effectus etiam in ſpuriis & Naturalibus, locum habere poſſint? Et quidem illegitimos infames eſſe, dicit Mynſinger. *centur. 4. obſ. 31.* ** eos facti laborare infamiâ, ſentit Manzius, *d. teſtam. valid. & invalid. l. 10. quaſt. 21. num. 10.* Ioan. Vincent. Hondedeus, *vol. 1. conſult. 47. num. 23. & ſeqq.* Alvar. Valaſcus, *conſult. 17.* Menoch. *conſil. 345. num. 21.* Cardinal. Tuſchus, *pract. concluſ. tom. 7. concluſ. 413. n. 1.* Farinac. *d delict. part. 1. quaſt. 13. num. 52.* † indeque Conſiliarios Principis eſſe non poſſe; * poſt Baldum Ungepaur. *Exerc. Juſtinian. 8. th. 12* † ** nec ad Scabini vel Iudicis dignitatem jure novo admitti, argum. *l. 2. C. d. dignitat. junct. §. 7. J. d. J. N. G. & C.* & *l. 1. l. 2. C. d. formul. & al. impetrat. ſublat.* ** nec ad Aſſeſſuram in Aug. Imper. Camera; etiamſi eſſent legitimati. Ordin. Camer. *part. 1. tit. 3. §. 2.* ibi: auß rechter natürlicher ehelicher Gebuhrt.

buhrt. Ioach. Mynſinger. *C. 4. obſ. 2.* Ioan. Harpprecht. *ad §. fin. I. de nupt. num. 31.* † nec denique Doctoratûs honore potiri poſſe, * Horat. Carpan. ad *ſtatut. Mediolan. vol. 1 c. 414. n. 191.* Limneus. *d. Academ. lib. 12. lit. g.* ubi hoc pleno noſtratium ſenatui placere, teſtatur: ** Idemque ſpeciali etiam ſtatuto in hac noſtra Eberhardina cautum. Statut. univerſit. Renovat. *cap. 9. fol. 58.* ibi: *Honores autem nulli, niſi legitimè nato, aut per ſubſequens matrimonium, vel Reſcriptum Imperatoris legitimato conferuntor.* vid. tamen Harpprechtum, *§. 1. num 225. Inſt. d. inſtur.* † quamvis alibi, ne quidem legitimatos hoc titulo inſigniri, velit Capic. Plot. Marſilius, in locis à Reygero ad *ſupra cit. Cent. 4. Q. 31.* Mynſingeri adductis. Et in univerſum ſpurios ad dignitates non eſſe promovendos, tradunt Petr. Heigius, *lib. 1. q. 21.* Marquard. Freherus, *tr. d. infam. 3. c. 23. num. 19.* & noviſſimè Schiffordegker, *lib. 3. tr. 25. quaſt. 9.* unde nec ad ſacros ordines admittuntur, abſque ſpeciali diſpenſatione. * *c. 1. d. fil. presbyter. c. per venerabilem. qui fil. ſint legit. c. accedens. extr. d. purgat. canon. can. ſi gens Anglorum. 10. diſtinct. 56.* † Paulus Piaſecius, *in prax Epiſcopal. part. 1. cap. 1. num. 25.* Porrò in omnibus civitatibus per totam fere Germaniam, illegitimos à manualibus artificiis (& publicis functionibus) prorsùs arceri, docet Joachim à Beuſt, *tract. d. iureiur. ad l. 3. n. 26. &c. fol. 192.* ** ſive quod idem eſt, in honeſta opificum collegia neutiquam recipi; Chr. Phil. Richter. *p. 2 deciſ. 80. num. 19.* Henric. Hahn. ad Weſemb. *h. t. n. num. 8.* ubi laudat eiuſmodi ſtatuta, darinnen die jenige/ ſo unehrlicher Gebuhrt/ in Zünfften und Gilden nicht auffzunehmen: undeetiam, qui in numerum adſciſci deſiderat, teſtimonia ſua producat neceſſum habet, quibus cumprimis legitimum ipſius ortum & honeſtos natales Magiſtri doceantur: daß er echt und recht gebohren; de quo Autor *Polit. lib. 1. cap. 12. num. 26. pag. 447.* Dn. J. G. Simon. *in diſſertation. de iur. Statutor. cap. 2.* † Sed &, heredibus inſtitutis ſpuriis, querelam inofficioſi teſt. competere Fratribus, ab hereditate iniquè excluſis, probare conatus eſt Hartmannus Piſtoris, *lib. 1. quaſt. 30.* cui adſtipulatur in eadem facti ſpecie Iohann de Caſtillo, *quotidianar. controverſ. cap. 19. num. 50. & mult. ſeqq.* allegans Tiber. Decianum & Vincent. Hondedeum, qui *totâ ſuâ conſultat. 47.* hanc quæſtionem exequitur: * Henric. Bocer. *claſſ. 3. D. 24. theſ. 23.* Alexand. Ludowiſ. *deciſ. Rot. Roman. 271. num. 17.* Carpzov. *part. 3. conſt. 10. def. 10.* Richter. *part. 1. deciſ. 53. n. 7.*

Nn 3 **&

** & extat in eandem ſententiam elegans, de duabus ex concubina natis filiabus earumque matre heredibus ſcriptis & germanæ ſorori prælatis, præjudicium Facult. Iurid. Helmſtadienſ. apud Hahnium. *loco ſupracit.* ubi vid. ** Similiter ſpurios in ſupplementum jurare non poſſe; ita, ut contraria Menochii ſententia communiter ferè ſit reprobata, tradit Plot. *de in lit. jurand.* §. *49. num. 12.* Petr. Heig. *part. 1. quæſt. 21. num. 11. 12. 43.* † Denique generaliter Bachovius ſcribit: *Veram videri vulgatam Dd. ſententiam, quòd ſpurii aliquâ maculâ laborent, non ex facto ſuo; ſed propter illegitimos natales. Notantur illi à lege & Divina & Canonica, ex communi quodam gentium & Rerumpl. jure: ſcilicet, ex quo lex tantùm probat concubitus matrimoniales, reliquos improbat & damnat, etiam ex his natos tacitè notare videtur. Neque in Republ. labe quadam illi vacare poſſunt, qui patrem, agnationem & inſignia non habent. Quodſi in naturalibus, etiam poſt legitimationem, autore Baldo, cicatrix quædam ſupereſt, quid in ſpuriis, niſi hiulcum vulnus, ſtatuemus?* ad Treutler. *volum. 1. D. 8. theſ. 8. lit. E.* * Addatur Faber, *in Cod. l. 9. titul. 28. definit. 20.* Arniſæ. *de Republic. lib. 2. cap. 2. ſection. 13.* Theſſaurus, *deciſ. 126. num. 2.* † At verò contrariam noſtramque ſententiam rectè propugnant Palæott. *tract. d. ſpur. c. 55. numer. 13. & ſeqq.* Adſtipulatur Peccius, *ad c. infamib. d. R. I. in 6.* & egregiè hanc ſententiam contra Hart. Piſtor. tuetur Iacob Thoming. *deciſ. 48.* ubi *num. 20.* notanter ſcribit: *Quamvis benè multos in eam diſceſſiſſe ſententiam animadverterim, ut ſpurios, vel ex damnato coitu natos, turpes & infames eſſe, exiſtiment; negari tamen non poteſt, Azonem, qui primus hanc opinionem invexit, quemque omnes reliqui interpretes, exemplo avium, quas Regales appellant (quarum unam prævolantem, reliquæ omnes catervatim ſequuntur) nullum caput iuris ad ſententiæ ſuæ comprobationem adferre.* Etiam noſtram ſententiam roborat Everhard. Bronchorſt. *cent. 1. miſcell. aſſert. 22.* Firmat etiam eandem Papinianus, *in l. 6. infr. d. decurion.* ubi reſpondet: *Spurii Decuriones fiunt, & ideò fieri quoque poterit ex inceſto etiam natus. Non enim impedienda eſt dignitas ejus, qui nihil admiſit.* * Vid. ibi Dn. Brunnemann. *num. 2.* † Nullum autem in inceſtuoſo eſt delictum, quatenus eſt inceſtuoſus; cùm non ſuo, ſed alieno malo laboret. *l. legem Anaſtaſii. 7. C. d. natural. liber.* Ulpianus quoque, *in l. generaliter. 3. §. 2. d. t. d. Decurion.* ſequentia tradit: *Spurios*

poſſe

poſſe in ordinem allegi, nulla dubitatio eſt; ſed ſi habeant competitorem legitimè quaſitum, præferri eum oportere, Divi fratres reſcripſerunt. Ceſſantibus verò his, etiam ſpurii ad Decurionatum, ſi ſint vita honeſta, recipientur. Nec eſt, quòd quis dicat; & tamen legitimum Spurio in pari cauſa præferri: Quippe in dignitatibus Nobilis cum ignobili concurrens, præfertur plebeio; graduatus item non graduato: & tamen hoc eorum famam non gravat. Sicque inter eos, de quorum fama nemo unquàm dubitavit, & qua de re in definienda infamia facti nullus eſt reſpectus, gradus quidam honorum conſtituuntur; & alii aliis humiliores, viliores, reputantur, quod eorum famam minimè gravat: quo etiam reſpectu *in l. Honor. 14. §. de honoribus. 3. infra, de muner. & honor.* reſpondetur: *De honoribus gerendis cùm quæritur, conſiderandam eſſe etiam natalium originem.* Nempè non ut ab honoribus illegitimi excludantur omninò, ſed annè competitoribus debeant præferri. Stant & pro noſtra ſententia Canones multi, ſanè perquam elegantes, *in diſtinct. 56.* ubi ex filiis Presbyterorum, à ſacris Miniſteriis removentur illi tantùm, qui paternæ incontinentiæ fuerint imitatores. At ſi morum honeſtas eos commendabiles fecit, non ſolùm Sacerdotes; ſed & ſummos Sacerdotes fieri poſſe ſancitur. Et *ibid. in can. undecunque* D. Auguſtinus ait: *Undecunque homines naſcantur, ſi parentum vitia non ſectantur, honeſti & ſalvi erunt. Semen enim hominis ex qualicunque homine, Dei eſt creatura:* & ut D. Hieronymus ſcribit: *can. naſci. non in ſeminibus, ſed in voluntate naſcentis, cauſa eſt vitiorum, atque virtutum.* Unde *ibid. in can nunquam.* D. Chryſoſtomus inquit: *Non eſt omninò nec de virtute, nec de vitio Parentum, aut laudandus aliquis, aut culpandus. Satis perverſum,* ait D. Gregorius, *& contra Eccleſiaſticam cenſuram eſſe probatur; ut fruſtra quorundam parentum voluptatibus, officiis ſuis quis privetur, quem ſua culpa vel facinus ab officii, quo fungitur, gradu non deiicit.* In *can. ſeq.* D. Hieronymus ait: *Dominus noſter Jeſus Chriſtus voluit non ſolum de alienigenis commixtionibus; ſed & de adulterinis naſci, nobis magnam fiduciam præſtans, ut qualicunque modo naſcamur, dùm tamen veſtigia eius imitemur, ab ipſius corpore non ſeparemur, cuius per fidem membra effecti ſumus.* Adſtipulantur argumenta ex recta ratione, & æquitate naturali depromta. Homines ita demum rectè laudantur, ſi virtuti vixerint convenienter. Contra vero in vitium & reprehenſionem juſtam non aliter incurrunt, quàm ſi turpiter

&

& flagitioſè peregerint vitam, & aliquam inſignem admiſerint culpam: propterea, quòd ejuſmodi actiones, vel honeſtas, vel turpes ſuſcipere, in ipſorum ſit poſitum arbitrio ac poteſtate; quod argumentum Ariſtoteles *3. ethic.* ex ipſa natura eleganter extruit atque deducit. At verò, cùm in ſpurii poteſtate non conſiſtat, an legitimè vel minùs legitimè, vel etiam ex damnato concubitu naſcatur, quo igitur pacto illi talis nativitas poterit eſſe fraudi? non magis certè, quàm ſi quis vel mutus, vel cœcus prodeat in hanc lucem. Quemadmodum ergò, qui aliis improperant contumelioſè, quòd claudi, cœci, aliove vitio corporis ſint deformati, injuriarum tenentur: Boer. *conſil. 4. num. 32.* quidni idem jure merito de eo dicendum erit, qui ſpurio nativitatem ſuam vitio vertere velit? (2.) Qui ſpurios minùs legitimè procreant, culpam contrahunt illi quidem. At filius non portare debet patris iniquitatem, nec ejus debet odio prægravari. Non patris nota filius eſt maculandus. *l. 2. §. 2. in f. d. Decur. l. ſi quis ſuo. 33. §. Legis. C. d. inoff. teſtam.* & id luculenter admodùm probat Palæott. *d. c. 55.* * latè Michael ab Aguirre. *in Apol. Hiſpan. p. 4. num. 60. & ſeq.* Jacobus Thomingius, *d. deciſ 48.* Freher. *d. Exiſtim. lib. 3. c. 23. num. 23.* Inclyta Facultas Jurid. Tubing. *p. 4. conſil 193. num. 2.* † (3.) Juſtitia noſtra debet eſſe ſplendor, ſeu radius, & quaſi imago juſtitiæ divinæ, indeque, quod Divinæ juſtitiæ non eſt conforme, id injuſtum, iniquumque cenſendum erit. At juſtitia Divina quemlibet ex ſua, non alterius judicat perſona; neminem ob alienam culpam gravat. Ergo nec nos hoc facere debemus: undè rectè Piccolomineus *Philoſoph. moral. grad. 8. c. 33.* concludit: ex recto judicio, rectaque honoris cognitione conſtare, per vitioſos conſanguineos, viri probi honorem non minui; niſi ipſe erroris & vitii præbuerit occaſionem: cùm vir probus non teneatur reddere rationem, niſi eorum, quæ in ipſius poſita ſunt facultate: ac, cùm Dominus ſit unuſquiſque ſuarum actionum, ad quas ſolùm pertineat honor; jure optimo non per alterius, ſed ſolùm per proprias actiones, hominem honore & vituperiô dignum judicari debere; & denique unumquemque fabrum eſſe ſuorum meritorum, infamiæ ac honoris. * Quæ omnia Calliſtratus quoque JCtus prudenter penſitavit, & nervoſa verborum brevitate haud dubiè complectitur, quando ex ipſis hiſce principiis. in *l. cognitionum. 5. §. 1. d. extraord. cognit.* Exiſtimationem ſeu bonam famá, definit, dignitatis illæſæ ſtatum, legibus ac moribus

ribus

ribus comprobatum, qui ex Delicto NB. noſtro minuitur aut conſumitur.† Non impedit *l. ult. in f. C. d. natur. lib.* quam maxumè Schiffordegkerus urget, ubi Imp. Juſtinianus ſpurios & naturales liberos, degeneres appellat. Degeneres autem abjectiſſimi & viliſſimi cenſentur. *l. quiſquis. 6. §. pen. C. d. poſtulando.* Reſpondeo: degenerem aliquem dupliciter dici (1.) Ingenio, qui à natura humana, & honeſtate degenerat civili: eâ ratione, *in d. l. quiſquis.* lucro pecuniaque captus, degener & viliſſimus appellatur; unde ibi Bald. notat, naturales eorumque filios, non eſſe de genere, ſed degeneres; qui & obliqui nominantur: unde Statius, *obliquum genus*; *& in Nov. 89. c. 1. verſ. ſervitutem.* eodem reſpectu dicuntur non rectè nati. Et quidem eô in ſignificatu ibi vocabulum degener ſumi, ex ipſo contextu patet, quia ibi dubitat Imperator, an naturales patris ſui patrem avum nominare poſſint: cum degeneres ſint, id eſt, non cenſeantur de illa familia eſſe. Non impedit, quod dicunt, in liberis & poſteris plerunque metui exempla criminis paterni: Scortatores enim vim quandam transfundere in ſemen, quod & innuere videtur Auctor libri Sapient. *cap. 3. & 4.* & Calixt. P. M. *can. 2. cauſ. 35. quaeſt. 2. & 3.* quæ porrò in filios tranſit. unde ajunt, ſpurios, Baſtardos Germanis dici, quaſi böß Art/ *i. e.* degeneris ingenii. Sic, poſt Cardanum, Scaliger ait, *exercit. 265. Eſſe ſpurios, malos; quia ſunt ex malis: quin imò, publico gentis Italicae proverbio, Legem quaſi quandam naturae cani aiunt: Spurium qui nequam facit, officium facere ſuum.* Hancque maculam, nec moribus honeſtis, eluere ſpurium poſſe, Schiffordegkerus tradit, eò quòd eam etiam cum lacte matris ſuxiſſe videatur; nec puras aquas haurire liceat è turbido Caſtello. *Novell. Leon. 91.* Imò Sarmientus, *ſelect. interpret.* eos in duplici peccato conceptos putat. At infirmiſſimum hoc eſt argumentum: originis certè ratione unà omnes ex æquo in peccato nati conceptique ſumus. *En in iniquitate ſum formatus, & in peccato fecit me mater mea,* ait Regius Pſaltes, *Pſal. 51. v. 7.* omneque tale vitium eluit Baptiſmus & ſanguis Chriſti noſtri Salvatoris. Vitiaque ſpuriorum præ aliis, ſi quæ conſpicua ſunt magis, ea pejor educatio producit, & quia tales ſoboles plerunque negliguntur. Multa exempla refert Palæottus & Tiraquell. *tr. de Nobilit. c. 15.* eorum, qui illegitimis, aut incertis natalibus orti, pacis bellique artibus egregiè inſtructi, laudem etiam legitimis præri-

puerunt. * Et probat præ aliis exemplum Jephtæ. *Jud. 11. v. 1. & ſeqq.* ac in ipſa ſanctiſſimi noſtri Soſpitatoris Genealogia aliquot ſpurii recenſentur. Autor. *ad Ordinat. VVurtemberg. pag. 6.*† Nec ſpurii tantum, ſed Heroum filii noxæ dicuntur, ut dixi *in tr. de ſucceſſ. & elect. in prodromo. in 4. arg. pro elect. f. 13. & ſeqq.* At ais, ſpurios propterea facti quadam infamia notari, quòd ea veniat ex hominum opinione, gravi & ſiniſtra. *l. 2. pr. infr. de obſeq. liber. tor.* non ex juris quadam ſanctione. Communiter verò reputari ſpurios pro inhoneſtis: unde *ſuprà* ex Beuſtio adduxi, eos in collegia artificum non admitti. Ad hoc verò dextrè Thomingius reſpondet, bonos ac intelligentes viros, non utiq; ignaros, quòd infamia non niſi propter rei turpitudinē conſequatur, haud ſpuriis vitio dare, quod eo pacto, ſine ullâ ipſorum culpâ, illegitimè, imò ex damnato etiam complexu fuerint nati: ab imperita a. multitudine qui pendeat, eum in magnis viris non eſſe numerandum. Aliter item reſponderi poteſt, quod ſpurii non in civium numerum recipiantur, & quarundam ſanctionum rigore graventur; fieri hoc non in odium talium liberorum: ſed ut homines deterreantur ab ejuſmodi copulationibus eò magis. Tandem obſtare videtur auctoritas SS. Scripturæ, *Deut. 2. c. 23.* ubi dicitur: ſpurius non introibit in cœtum vel concionem Populi; ne in decima quidem generatione. Verùm, non ingredi in concionem, eſt ad fungendum officio ſacro vel civili, inhabilem reddi. Hîc primò eſt ſciendum, eum textum de naturalibus liberis non loqui: Concubinatus enim, imò & polygamia in veteri teſtamento licita erant. Et quoque Lex fuit hæc Ceremonialis nos non ligans. Ceremonialem autem fuiſſe ex eo apparet: quia etiam Eunuchi, & genitalibus attritis qui ſunt; item Hammonitæ, Moabitæ etiam in decima generatione ab Eccleſia prohibentur. Edomitæ & Æpyptii in 3. generatione admittuntur. ** Tametſi verò veriſſimum ſit, illegitimos filios neutra, ſive juris ſive facti infamia laborare; illud tamen nemo ullus facilè negaverit, eos levis notæ macula (quam multi cum infamia facti confundunt, Hattm. Piſtor. *Qq. iur. lib. 1. q. 30. n. 2. & 3.* Petr. Heig. *q. 21. n. 18.* Peck. *d. regg. iur. Canon. ad reg. 87. pag 854.* ſed malè, ut ex verbis conceptis *L. 27. Cod. d inoffic. teſtam.* obſervat præ aliis Georg Adam Struvius, *Exerc. ad π. 7. th. 20.* Henricus Hahn. ad *VVeſembec. hic. num. 2.*) adſperſos & infectos eſſe, argum. *l. 5. C. ad SCt. Orfit.*

l. 12.

l. 12. C. d. natur. liber. Dn. Struven. *d. l.* Bocer. *Cl. 5. D. 24. th. 27.* Arnold. Vinnius, *ad §. 1. J. d. inoff. Teſtam. n. 61.* & quidem non ſpurios tantùm κατ' ἐξοχὴν ita dictos ſive vulgò quæſitos; Hahn. *d. num. 2. & ad tit. d. inoff. Teſt. num. 6.* Dn. Richter/ *p. 4. deciſ. 53.* Carpzov. J. F. *p. 3. c. 10. d. 10.* ubi Dnnos Scabb. Lipſienſes ita meminit reſpondiſſe; ſed etiam Naturales propriè ſive reſpectu patris ita dictos; i. e. ex concubina natos, Teſſaur. *deciſ. 126. n. 2.* & qui uberius hoc exequuntur laudatiſſimi Tubingenſis Facultatis Anteceſſores, Dn. D. Lauterbach/ *in diſquis. d. ſingul. Fratr. iur. membr. 2. §. 15.* Dn. D. Frommann. *in diſp. d. levis nota macula. th. 14. & ſeqq.* ubi vide omninò.† Num verò vita & militia (quæ aliàs ſecundo genitis, *aux cadets*, competit, cùm primogenitus ſolus ſuccedit, Underhaltung und Außſtaffierung) debeatur etiam ex feudo, filio naturali? diſputat Garſ. Maſtrill. *deciſ. 85. vol. 1.* ubi in negativam magis inclinat. ** Addantur, quæ in genere de hac materia proponit Georg Henrich Springsfeld. *tract. d. Apanagio. cap. 3. num. 266. & ſeqq.* **An item ad Sceptra talis filius admittatur? prolixè, contra Antonium Nothum, in cauſa ſucceſſionis Portugalliæ, tractaverunt Amadeus à Ponte, Alexander Raudenſis, Michael ab Aguirre: conferatur Gockelius, *d. Regib. Europ. c. 1. num. 136.* Heig. *p. 1. q 20 num. 14.* ** Denique, num generis dignitas & Nobilitas ei competat? diſquirit Nolden. *de ſtat. nobil. civil. c. 18. num. 73. & ſeqq.* Sanè in Hiſpania hoc obtinere, docet Azevedo, ad *Conſt. Hiſpan. l. 5. t. 8. leg. 10. num. 58.* in Gallia, Boërius, *deciſ. 128. num. 21.* in Sabaudia, Faber, *in Cod. lib. 9. def. 20. tit. 29. num. 2. & ſeq.* ubi tamen addit: quòd inſignia Familiæ, linea per medium ſcuti à ſiniſtro latere ducta gerant, quam vulgo Barram dicunt: Caſſanæ. ad conſuet. Burgund. tit. des ſucceſſions des Baſtards. *rubr. 8. §. 3. num. 21.*

TIT. III.

DE PROCURATORIBUS ET DEFENSORIBUS.

10. *Procuratoris munus, major 17. annis, etiam in judicio ſuſtinet ritè: non defenſoris.*

PRocurator eſt, qui ipſum negotium ſuſcipit procurandum: *l. 1.*

l.1.h.t. Qui verò patrocinium vel Conſilium ſuppeditant juris, Advocati, Patroni, Cauſidici dicuntur. Patronus dicitur orator, alterum in judicio defendens. Advocatus, qui jus ſuggerit, aut præſentiam ſuam commodat amico, & ita dicitur quaſi ad agendum aut defendendum vocatus. Procuratoris quidem vox, in jure tam præſentis, quàm abſentis negotia gerenti tribuitur: & quidem frequentius ei, qui prævio mandato, cauſam agit abſentis. Cognitorem dixerunt antiqui, qui præſentis cauſam novit, & ſic tuetur ut ſuam: quâ de re videri poteſt Paul. Buſius. *1. ſubtil. cap. 15.* Procuratori opponitur defenſor, qui ſine mandato cauſam agit abſentis, ** puta in ſtrictiſſima, quam habet hoc vocabulum, ſignificatione; de qua exaudiendæ *l. 11. §. 7. d. exe. rei iudic. l. nam poſteaquam. 9. §. 6. l. iusiurandum. 34. §. 3. d. iureiur. l. ſi procurator. 28. verſ. per contrarium. l. Pomponius. 40. §. 1. & 2. l. Plautius. 61. hic.* Conf. *Coll. Jurid. Argentorat. ad n. h. tit. th. 2.* † Eſt enim defendere, eandem vicem, quam reus, ſubire, *l. minor 51. §. 1. h. t.* ad quod faciendum nemo admittitur, niſi ſatiſdare fuerit paratus. *l. non videtur. 53. l. Plautius. 61. h. t.* Lyclama tamen *membr. 2. ecl. 12. in pr.* dicit, Procuratorem actoris, defenſorem rei vices ſubire.

XVII. annis majorem, minorem tamen 25. Procuratoris munus, etiam in judicio, ſuſtinere ritè, contra communem opinionem, jure etiam canonico, *c. 5. d. Procurator. in 6.* & Camerali, Cammerger. Ordn. *part. 1. t. 18.* (*qui tamen hoc non probare videtur.) † adprobatam, dilucidè docent Dn. D. Harppr. *ad §. 1. Inſt. per quos agere poſſ. num. 123. & ſeqq.* Pacius, *2. ἐναντ. 16.* Bronchorſt. *1. ἐναντ. 49.* Paul. Buſius, *ſubtil. 6. cap. 6.* & conſentit Lyclama, *d. ecl. 12.* quamvis rem aliter ac ab aliis fit, cùm ipſe, tùm Hilliger. ad Donell. *18 cap. 3. lit. S.* expedire conetur. * Henric. Bocer. *Claſſ. 2. D. 6. th. 30. & Claſſ. 6. D. 6. th. 23.* Rutgerus Ruland. *de Commiſſar. & Commiſſionib. l. 4. c. 14. num. 13.* Coll. Iurid. Argentorat. *hic. theſ. 18.* Franzk. *exerc. 2. q. 1.* I. O. Tabor. *diſput. ad VVeſembec. 13. q. 1.* Iacobus Mæſtert. *d. inſtit. LL. Romanar. l. 1. dubitat. 56.* celeberr. Dn. Lauterbach/ *ad part. 1. titul. 16. §.* Darnach die minderjährige/ Fürſtl. Würtembergiſchen Landrechtens. † Firmatur hæc ſententia expreſſo textu *§. iuſta. 5. Inſt. quib. ex cauſ. manumittere non licet. & l. ſi collectaneus. 13. infra d. manumiſſ. vindict.* ubi habetur, Dominum poſſe manumittere ſervum ſuum, Pro-

Procuratoris habendi gratia, dummodo ſervus is 17. ætatis compleverit annum, & jam duodevicesimum attigerit, quæ ætas noſtro in jure, plena pubertas indigitatur. *(*l. 14. §. 1.* ibi: ſed etſi generaliter pubertas non ſic definiatur. *infra. d. aliment. & cibar. legat. ibique DD.*) † Qui ſanè textus, eam ob cauſam, de Procuratoribus ad litem etiam intelligendi; quia non neceſſe eſt ſervum manumitti, ut Procurator fiat ad adminiſtrandum; ſed ut Procurator fiat ad agendum vel defendendum: ſiquidem & ſervus & pupillus, Procurator ad negotia extra judicium peragenda dari poſſit. *l. ſed etſi. 7. §. 1. & l. ſeq. de Inſtit. act. l. 1. §. parvi. 16. d. exercitor. act. l. 3. §. 1. d. negot. geſt. l. 3. §. fin. d. minor. t. t. ff. & Inſtit. quod cum iis, qui in al. poteſt.* Nunc ergò cùm ex *d. §. juſta. & d. l. 13. d. manum. vind.* appareat, infra plenæ pubertatis ætatem, manumitti ſervum, Procuratoris habendi cauſa non poſſe, & hanc cauſam pro juſta haberi, propter quam etiam Dominus 25. annis minor, ſervum manumittere poſſit; conſequens eſt, dictos duos textus de eâ exaudiendos eſſe procuratione, quæ liberum hominem, quæ item plenam pubertatem requirit, *i. e.* judiciali: cùm ad extrajudicialem ea requiſita non neceſſaria cenſeantur. Nec video, cur minor 25. annis, Procurator ineptus debeat haberi: cùm ex eo judicia non eluſoria reddantur. Quippe non reſtituitur Dominus ex perſona Procuratoris minoris: ſibi etenim imputare debet, quòd minorenni, rebuſque gerendis minus idoneo, cauſæ ſuæ commiſerit curam. *l. cum mandatu. 23. infr. d. minor.* & fac. *l. denique. 3. §. ſed utrum. 4. d. t.* Aliud conſtituitur in defenſore; *l. minor. 51. h. t. n.* * videlicet, quòd minor, licet ipſo quidem jure partes defenſoris obire non vetetur; per adverſarii tamen exceptionem (cùm ſola partium jura hæc res concernat. Bachov. *ad Tr. vol. 1. D. 8. theſ. 1. lit. C.* Carpzov. *d. Proc. tit. 5. artic. 1. num. 29.*) ante L. C. repelli poſſit vel maximè. Dn. Brunnemann. *ad d. l. 51. num. 1.* Hilliger *ad Donell. lib. 18. c. 15. lit. T.* Differentiæ ratio eſt in promptu: quia nempè minori defenſori, ſi ſua ſponte ſine mandato in judicio defenderet reum, & etiam (* contra regulam *l. 35. infra d. recept. qui arbitr. V. Donell. Cc. l. 21. cap. ult. lit. M.* Brunnemann. *ad d. l. 51. h. tit. noſtr.* †) ejus fidejuſſori, per in integrum reſtitutionem ſuccurreretur. *l. denique. 3. §. ſed utrum. 4. verſ. ſed an hoc auxilium. l. in cauſa. 13.* ubi Cujacius. *infra. d. minor.* & ideo defenſor idoneus ſeu lo-

Oo 3 cuples

Digitized by Google

cuples non exiſtit. Namque judicium, ceſſante exequutione, eluſorium redderetur, contra *l. ſi Prætor. 75. de iudic.* Quod, ut jam modo dixi, haud accidit, ſi minor majoris ſit Procurator; cùm, eo in caſu minor ſi reſtitueretur, per eum etiam majori ſubveniretur, quod Prætori nequaquam propoſitum fuit, *l. 3. §. 4. de minorib.* **Aliud item eſt, ſi perſona conjuncta 25. annis adhuc minor, pro conjuncta majorenni, tanquam ex præſumto mandato, in judicio experiri vellet. Conferatur Dn. Lauterbach. *in pecul. diſquiſit. de caut. Rati à conj. præſtand. th. 23.* Sicuti etiam, ſi minor mandatum expreſſum prætendat; ſed id non plenè, verùm aliquo ſaltem modo probare poſſit, aliud pariter juris foret: eo quod nempè, in omnibus hiſce ſpeciebus, vel judicatum ſolvi vel de Rato cavendum ſit; ſicque de ipſius minoris re familiari ac propria agatur; ubi ſemper periculum ſubeſt, ne ipſo, ob propriam ſuimet læſionem, in integrum reſtitutô, judicium eludatur, arg. *l. 24. princ. de minorib.* Dn. Brunnemann. ad *l. 51. h. n. t. num. 2.*† Non obſtat noſtræ deciſioni *l. exigendi. 12. Cod. h. t.* ex qua contrariæ opinionis aſſertores deducere conantur, eum, qui nec dum major eſt, procuratorem in judicio exiſtere non poſſe. Communiter ad illam legem reſpondetur: Ætatem legitimam variis accipi modis, & hìc pro materia ſubjecta de 17. non 25. annis accipiendam eſſe, ut docet Pacius, *d. quæſt. 16.* Sed mihi commodiùs reſpondere videtur Lyclam. *d. ecl. 12.* loqui Imperatorem inibi de filiofamil. qui abſentis patris defenſionem in judicio offerebat, nec ullum mandatum habebat: cui adverſarium rectè ætatis exceptionem objicere, Imperator dicit; ita ut non neceſſe ſit, ætatem legitimam in *dict. l. 12.* aliter definire, quàm in *l. ult. C. de his, qui ven. ætat.* Tamen per *dict. l. 12. in fin.* minor quoque talis defenſor eſſe poteſt, qui verba faciat & innocentiam excuſet; quod à quolibet fieri poteſt. *l. 33. §. 2. h. t. noſtr.* Non item refragatur ſententiæ noſtræ, quod minor 25. annis, non habeat legitimam in judicio ſtandi perſonam; *l. 1. & 2. Cod. qui legit. perſon. ſtand. in iudic.* Singulæ enim Leges illius tituli pertinent ad cauſas minorum & pupillorum proprias, non aliorum: ubi iterum ratio differentiæ eſt in proclivi; propriam ob cauſam in judicio ſtare nequit, propter metum damni & propriæ læſionis, quam ibi facilimè incurrere poteſt. In aliena cauſa, ſi propter fragile judicium circumveniatur, fit id periculo ejus, qui eum procurato-

rem

rem dedit: * quæ tamen reſponſio non ſatisfacit Carpzovio, per ea, quæ ipſe porrò movet *in Proc. tit. 5. art. 1. num. 34.*† ** Denique nec obſtat *l. 51. hîc. princ. Inſtit. de Curator.* §. 13. *Inſtitut. de excuſat. tutor. & curator.* ad quæ reſpondet Dn. Struven, *in evolut. LL. controv. Exerc. ad π. 7. theſ. 30.* Harpprecht. *ad ſuprad.* §. 1. *num. 129. & ſeqq. Inſtitut. per quos ag. poſſ.* Paulò aliter hanc quæſtionem exequitur Dn. Hahn. *ad VVeſembec. hîc. num. 4.* Dn. Carpzov. *tract. de proceſſ. d. tit. 5. artic. 1. num. 29. & part. 3. deciſ. 203.* ubi vide; quos conciliare cum cœteris conatur Dn. Brunnemann. *ad dict. l. 51. num. 4.* Diſſentiunt Sichardus, *ad rubric. num. 7.* & ad *l. 12. num. 19. hîc.* Wurmſer. *1. obſerv. practicar. 8. num. 3.* Gutierrez. *de iuram. confirmator. part. 3. cap. 11.* Weſemb. *ad h. t. num. 4. verſ. dari autem.* & Dd. ut ſuprad. communiter. ** Quicquid autem hic prævaleat de veritate juris Civilis; in praxi ſervatur diſpoſitio Canonum; ita, ut Minor 25. annis ad munus procuratoris judicialis admittatur haudquaquam; Ioann. Harpprecht, *ad ſapiendiſſ. §. 1. Inſtit. p. q. a. p. num. 136.* etiam in noſtro Wurtembergico Foro. Landrecht. *p. 1. tit.* von Procuratorn und Anwälden. *16.* §. darnach die minderjährige. idque non ſine prægnanti ratione: cùm enim inter omnes conſtet, fragile eſſe & infirmum minoris conſilium, ac multis captionibus ſuppoſitum, multorum inſidiis expoſitum; *l. 1. princ. infra. d. minorib.* ſicque facillimè fieri poſſet, ut ex illorum procuratione magna judiciorum oriretur confuſio, &, qui talem conſtituit, etiam ſub juſto periret olypeo; ſanè, hoc ne fiat, ſed potiùs jus ſuum cuique tribuatur, & judicia debitò ordine, legitimè & integrè, ſecundum veritatem & juſtitiam exerceantur, prudentiſſimè cautum eſt atque proſpectum; videatur Dn. Lauterbach. *ad d. tit.* Landr. *theſ. 31.*†

11. Per exceptionem falſi procuratoris, vel defectûs mandati, judicium redditur nullum.

PRobatur hæc enunciatio, *ex l. licet. 24. Cod. h.* ubi reſcriptum invenimus: *licet in principio quæſtionis perſona procuratoris debeat inquiri, an, ad agendum negotium, mandatum habeat à domino litis: ſi tamen falſus procurator inveniatur, nec dici controverſia ſolet.* nec

Digitized by Google

nec iudicium eſſe poteſt. Sic & *in cap. in noſtra. in fin. extr. eod.* ſtatuit P. Rom. *falſi procuratoris exceptionem, non ſolùm ante ſententiam, verùm etiam poſtea obiici poſſe; ob eamque iudicium nullum, & nullius momenti, reprobari:* * imprimis verò Imp. Alexand. in *l. 1. C. quib. res iudicat. non noc. Si neque mandaſti,* inquit, *fratri tuo defenſionem rei tuæ, neque, quod geſtum eſt, ratum habuiſti, præſcriptio rei iudicatæ tibi non oberit; & ideò non prohiberis cauſam tuam agere, ſine præiudicio rerum iudicatarum.* vid. *c. 33. x. de Reſcr.* ** Totus itaque proceſſus hoc in caſu vitioſus eſt; Balth. Conrad Zahnn. *tract. de mendac. lib. 2. cap. 72. num. 1.* ſententia nulla. Id. *ibid.* nullum judicium. *d. cap. in noſtra. x. h. t.* Caſpar Manz. *deciſ. palat. quæſt. 33. num. 4.* Bachov. *ad τὰ πρῶτα. l. 3. tit. 3. num. 15.* & omnia per falſum ejuſmodi procuratorem geſta retrò ipſo jure nulla. Barboſa & communiter Dd. ad *dict. l. 24. Cod. h. tit.* † id quod præ aliis pluribus illuſtrat Sebaſtianus Vantius, *tract. de nullit. tit. d. null. ex inhabil. ſeu defect. mandati. num. 59. & ſeqq. multis.* ** Hæcque nullitatis exceptio, non ſaltem (ut Dn. Mevius reſtringere videtur, *part. 6. deciſ. 139. num. 4.*) in initio litis; verum etiam in quavis judicii parte; Carpz. *in proceſſ. tit. 5. art. 1.* Brunnem. ad *dict. l. 24 C. h. n. 5.* etiam poſt concluſionem in cauſa; Barboſ. *dict. l. n. 5.* imò & poſt ſententiam rectiſſimè opponitur. *d. c. in noſtra. x. h. t.* Gail. *1. obſ. 47. n. 2.* Manz. *d. deciſ. n. 5.* vid. tamen notabil. declaration. apud Mynſinger. *centur. 5. obſerv. 8. num. 3.* ita, ut nec quicquam interſit, is, qui cum falſo procuratore litigat, ſciverit, ipſum nullum mandatum habere necne? Barboſ. *d. l. n. 6.* Pinel. *ad l. 1. C. d. bon. m. p. 3. n. 32.* ſive item ejuſmodi procurator de rato caverit, ſive non. Bachov. *ad Treutl. vol. 1. D. 9. th. 9. lit. D.* Quid? quod eadem etiam ex officio ſuppleri poſſit ac debeat à Iudice, per diſciplinam Ioan. Zangeri. *de except. part. 2. cap. 8. num. 36.* Bened. Carpzovii, *de proc. tit. 9 artic. 1. num. 38. 39.* † Inde Bald. *in l. 2. C. ſi ex falſ. inſtrument.* & Maſtrillus, *deciſ. 77. num. 3.* dicunt: hanc exceptionem uſque ad mille annos opponi poſſe; ac eam inſanabilem eſſe, & ex parte utriuſque litigantium locum habere, cenſet Ludovic. à Peguera, *deciſ. 177. num. 2.* Cùm ibi deficiat conſenſus, & voluntas principalium, qui de jure naturali exiſtit. Cùm item judicium ex tribus perſonis conſtituatur, Iudice, Actore & reo: una ergò illarum deficiente, judicium retrò nullum eſt, & per con-

conſequens, neque litis conteſtatio, aut concluſio facta valet. Gail, *1. obſ. 47. à princ.* Sicque hic defectus, per ipſum Principem ſuppleri non poteſt. Nullus enim alieno facto, & abſque ſua voluntate, eſt onerandus. *l. in cauſa.* §. *1. & l. 4. ff. ſol. matr. l. id quod noſtrum. 11. d. R. l.* Dicitur autem defectum mandati probari, quando contrarium non conſtat ex proceſſu, actorumque inſpectione; Vant. *dict. loc. num. 61.* Geſta tamen per falſum procuratorem, à domino, ante latam ſententiam, ratificari poſſe, nulla dubitatio eſt. *l. licet. 56. infra, d. iudic.* * Gail. *lib. 1. obſerv. 47.* Chriſtinæ. *volum. 2. deciſ. 109. num. 4.* Dn. Brunnemann. *ad l. 40. num. 6. ff. h. t.* Anton. Dadin. Alteſerra, *tract. d. fictionib. iur. l. 4. cap. 1.* fruſtra renitente Johann. Baptiſta Aſinio, *Prax. Judicior. §. 28. cap. 3. num. 5.* ** ut maximè in cauſa jam ſit concluſum. Berlich. *volum. 1. concluſ. 14. num. 123* † Imo etiam poſt ſententiam. Mynſinger. *centur. 1. obſ. 44.* Gail. *d. obſ. 47.* * Riccius. *collectan. deciſ. 344.* Vantius, *d. Nullit. tit. quib. mod. ſentent. nullitas, &c. num. 10.* Hilliger. *ad Donell. l. 18. c. 12. lit. G.* Brunneman. *ad d. l. 56. hic. n. 1. & ſeqq.* Teſſaur. *deciſ. Pedemont. 7. num. 1.* Nobiliſs. Dn. D. Bardili, *in diſputat. d. falſ. procurat. theſ. 74.* † & quidem ſine diſtinctione: ſive lata ſit illa in ipſius favorem, ſive contra eum; intra etiam vel poſt decendium ratihabitio ſubſequatur; ſive minor ſit Dominus, ſive major. Zanger. *d. except. part. 1. cap. 8. num. 77. dd. DD. dd. loc.* ** adeò ut, licet ob defectum mandati, per judicem jamjam rejecta fuerint, quæ talis Procurator geſſit; reaſſumi nihilominùs à Principali poſſint. Dn. Mevius, *p. 5. deciſ. 98. num. 9. & ſeqq.* Quando enim actus aliquis alterius nomine geſtus ab initio omnia eſſentialia habet, ſicut nihil præterquam conſenſus ejus, ad quem res pertinet, deficiat; tunc ille omninò, conſenſu poſtea ſuperveniente, retrò validatur. *l. 16. §. 1. d. pignorib. c. ratihabitio. d. R. iur. in 6.* Andr. Gail. *d. O. n. 4.* Brunnemann, *ad d. l. 56. num. 2.* Mevius. *d. l. num. 10. & p. 6. deciſ. 139 num. 2.* † Atque hanc concluſionem pluribus, ac etiam Theoricis fundamentis probat Timæus Faber, *Annotat. lib. 1. cap. 20.* Nec eſt, quod pars adverſa conqueratur; cùm illa ſibi debeat imputare, quòd non diligentiùs examinaverit mandatum, & objecerit exceptionem, vel falſi vel inſufficientis, aut etiam impertinentis mandati. Gail. *d. l. num. 4.* Et quamvis poſt ſententiam inſtantia ſit peremta, ſicque incongruo tempore ratihabitio fieri videatur, contra *l. bonorum. 24. princ. rem rat. haber.* attamen

men reſponderi poteſt, inſtantiam quidem eſſe peremptam; ſed tamen ſententiam adeſſe & ſemper perennare, ideoq; omni tempore ratificari eam poſſe. *Diſſentiunt tamen haud pauci ſupremi ſubſellii JCti, qui, non, niſi pendente Judicio, ab ejuſmodi Procuratore geſta poſſe ratihaberi, mordicùs contendunt; Bachov. *ad Treutler. vol. 1. D. 9. th. 4. lit. C.* Flamin. Chartar. *Deciſ. 60. num. 12.* Henric. Zæſ. *ad h. tit. num. 17.* Wiſſembach, *ad Pand. diſput. 12. num. 13.* quibus occurrit Dn. Brunnemann. *d. l. num. 2. & ſeqq.* * Alii contra, quos inter eſt Magonius, *Deciſ. Lucenſ. 51. num. 27.* Dn. Franzke. *ad π. h. t. n. num. 28.* Dn. Struven. *Exercit. 7. th. 27.* necnon Berlichius, *volum. 1. concluſ. 14.* malunt diſtinguere, an pro, an contra talem Procuratorem ſententia ſit lata; ut poſteriore caſu procedat affirmans, arg. *l. 3. §. 1. rem rat. haber. l. pen. d. pact. l. 41. d. minor.* priori verò negativa opinio: eo quod adverſario, ſemel lata pro illo Proc. ſententia, jus ſit quæſitum, querela nempe nullitatis, quæ ipſi per Domini ratificationem non poſſit auferri, arg. *l. 11. d. R. iur.* ad quæ pariter reſpondet *d. loc.* Brunneman. ** Denique Gaillii ſententiam, tanquam æquiorem & communiorem, uſu Forenſi obtinere, & in Camera approbatam eſſe, docet Peckius, *ad c. 11. d. R. iur. in 6. num. 11.* Brunnemann. *d. L.* Mevius, *d. p. 5. deciſ. 98. num. 8. & p. 6. deciſ. 139. num. 6.* ** Planè, ſi principalis doloſè tacuiſſet, ipſum ad ratificationem admittendum non eſſe, docet poſt Trentacinq. Dn. Brunnemann. *loc. ſæpe cit. n. 9.* ** Sed &, ſi ſententia plura habeat capita, & Principalis pro parte vellet ratihabere judicium, pro parte non, an ſit audiendus? diſquirit ibid. *num. 10.* ubi in negativam magis inclinat. † Porro ratificatio tacite quoque fieri poteſt, puta ſi appellaverit is, cujus nomine falſus procurator litem peregit. *l. 3. §. falſus. ff. rem. rat. hab.* Dn. Mev. *p. 5. deciſ. 99.* Ant. Faber. *Cod. lib. 2. 6 t. def. 19.* * ubi plura exempla; *vel, ſi contra ea, quæ à falſo procuratore geſta, nihil opponat; ſed ea potiùs executioni mandari deſideret. David Mevius, *part. 6. Deciſ. 139. num. 1.* Addatur Vantius, *d. nullitatib. tit. ult. numer. 94. & 99.* Garſ. Maſtrill. *part. 2. deciſ. 131. num. 19.* † Interlocutoria item, quoad legitimationem perſonæ, facit jus inter partes, ſi non appelletur, nec amplius opponi poteſt. Magon. *deciſ. Lucenſ. 6. num. 18.* Quamvis item, lite durante, non conſtet de mandato; ſi tamen illud poſt producatur, cùm de ſententiæ validitate diſceptatur, ſufficere videtur.

tur.

tur. Monterus, *deciſ. 40.* Sufficit etiam mandatum produci, licet non id fiat per conſtituentem vel conſtitutum, Monterus. *deciſ. 42.*

12. *An minor conſtituat Procuratorem?*

NUllam dubitationem habet, quin adulto, ſeu minori, etiam invito, dari debeat curator ad litem. *§. 1. Inſtit. de curatorib.* ubi gl. & Dd. Namque ſi daretur ſententia contra minores indefenſos, ſententia eſſet ipſo jure nulla. * text. expreſſ. *in l. 55. de re iudic.* † Et nec ipſi minores habent legitimam perſonam in judicio ſtandi. * *l. 1. & 2. C. qui legit. perſon. ſtand. in iudic.* † Indeq; is qui litigat cum adoleſcente, poſtulare poteſt, ut vel is petat Curatorem, vel ei ex officio aliquis conſtituatur. *l. 1. C. qui petant tutores.* Sed verò, ſi minor conventus conſtituat procuratorem ad litigandum, cum clauſulis ſolitis, ac item interveniente juramento; eum tunc legitimè in judicio comparere; ſicque ceſſare remedium prædictum, conſtituendi ex officio Curatorem, multi ex noſtris Doctoribus dicunt; Garſ. Maſtrill. *lib. 1. deciſ. 54. num. 4. &c.* ubi addit: proceſſum cum tali procuratore valere, tanquam ſi factus eſſet cum majore. Sed hæc theorica ita demum procedit, quando minoris procurator admiſſus fuit, adverſario non reclamante. Maſtrill. *num. 7.* Nec hæc limitatio ullâ ex parte pupillo nocet; quia poteſt petere (hancque petitionem inſerere mandato) ut is idem procurator, ei loco curatoris adjungatur, aut etiam alius curator conſtituatur, qui eum unà cum procuratore defendat, aut agat. Nec etiam adverſarius minoris cogi debet, ut acta ſua in dubio ponat, an ſint valida vel nulla. Quin imò, cùm Iudicis etiam interſit, ne coram eo nulliter procedatur, ex officio minorem adigere poteſt, ut ſuſcipiat curatorem. Ac licet vulgò Dd. dicant, minorem non habere reſtitutionem, ſi litiget per Procuratorem cum juramento conſtitutum: cùm ſacramenta puberum irrevocabilia cenſeantur; *Avthent. *ſacramenta puber. C. ſi adverſ. vendition.* Arnold. Vinnius, *1. ſelect. 15.* † Secùs, ſi cum curatore ad litem. Maſtrill. *num. 8.* ita ut videatur plus eſſe, ſi talem habeat Procuratorem, quàm curatorem: Attamen, & contra tale juramentum (præſertim ſi realiter præſtitum non ſit,

 ſed

ſed tantum is in Inſtrumento Procuratorio bey Treu / Ehr und Glauben/ an eines rechtgeſchwornen Aydsſtatt / promittat, ſe Procuratoris ſui acta ratihabiturum.) multa objici poſſunt, &c. ** Ut enim rectè Antonius Faber: Jusjurandum defectum quidem ſupplet ſolennitatum, quas alioquin ratione ætatis intervenire oporteret; non vero imbecillitatem Conſilii, quæ in iſta ætate eſt, emendat vel corrigit: & qua facilitate contrahunt ejusmodi ætatis homines, eâdem etiam jurare creduntur, *in Codic. lib. 2. tit. 28. definit. 1. n. 12.* ** Alias, circa hanc quæſtionem, DDr. controverſiis, v. c. ſi Minor, ſine Curatore, Procuratorem ad litem dederit, quæ poſtea per ſententiam deciſa ſit, an iſthæc ſententia ſubſiſtat, annon? itemque: Si minor, conſentiente quidem Curatore, Procuratorem conſtituerit; at ſine conſenſu ejus cautionem judicatum ſolvi præſtiterit, an ex iſta cautione teneatur nec ne? per textus & autoritates deducit Bocerus, *Claſſ. 6. D. 6. theſ. 7. & 8.* Sichard. *ad l. 14. Cod. hic.* Johann. HarppRecht, *ad §. 1. J. p. q. a. poſſum. num. 18. & multis ſeqq.* Petez. *in codic. hic n. 4.* †

13. *Cum probabiliter dubitatur de Mandato, admittitur Procurator cum cautione de rato.*

PRo procuratore ſe gerentem, à limine Iudicii repelli poſſe, & exinde etiam judicium reddi nullum, eamque exceptionem non ſolùm ante ſententiam, verùm & poſtea objicere licere, jam *ſupra* à me edoctum fuit. Interdum autem non ſufficiens mandatum procurator aſſertus habet, quo in caſu, quia non ſine periculo domini repelleretur, & in contumaciam lis perageretur, jure conſtitutum, uſuque eſt receptum, ut procurator admittatur cum cautione; quæ quidem cautio duplex eſſe reputatur: vel enim eſt de rato & grato; vel de ſufficienti mandato ad proximum Juridicam adferendo: quod poſtremum fieri ſolet, ſi lis non ſit ea die finienda. Eaque de re ſequentes concluſiones ſunt notandæ. (1.) *Si certum ſit, procuratorem habere mandatum; tunc nullâ opus eſt cautione. l. ſi procuratorem. 65. ff. h. l. 3. §. 2. ff. ut in poſſeſſionem legator. l. unic. Cod. de ſatiſdand.* Quemadmodum id in rei procuratore verum ſit, vide *l. ſed & ha. 35. §. defendere. 3. h. tit. & l. qui rem alienam. 166. ff. de Reg. Jur.* Ummium, *diſput.*

9, *num.*

9. num. 3. & ſeq. At graviter obſtat *l. de pupille. 5. §. qui procuratoris. 18. infra. de oper. nov. nunciat.* ubi etiam verus procurator, qui mandatum habet, cogitur de rato cavere. Communiter ad hoc reſpondetur, fieri quidem poſſe, ut quis ſit verus procurator, & tamen de eo non conſtet; itaque eo in caſu ſatiſdationem neceſſariam eſſe. Bronchorſt. *centur. 1. miſcell. aſſ. 26.* ** Jaſon. *ad l. cautio. 1. Cod. h. t.* ſpecialem in *d. l. 5.* caſum eſſe putat.† Frivola hæc utraque reſponſio non immeritò videtur Reinero Bachovio, *miſcell. cap. 1. fol. 7.* * & ad Treutl. *volum. 1. diſput. 9. th. 8. lit. B. & C.* † ideoque aliam adfert, & non perperam diſtinguit inter procuratorem ſpecialem, qui ad cauſam certam mandatum habet, & omninò de rato non cavet, & inter procuratorem generalem omnium bonorum. Hic quidem procurator eſt verus; ſed tamen ratione actionis in judicium deducendæ, de qua ſpeciale mandatum non habet, talis omninò non videtur; arg. *l. 7. Cod. de reb. cred.* & itaque de ratihabitione domini cavere debet. fac. *l. Pomponius. 40. §. 1. h. t.* ubi procurator in articulo incidenti, itidem de rato cautionem præſtare neceſſe habet. Sicque in *l. 18. in princ. de neg. geſt.* ex eadem, ut puto, ratione, reſponſum invenimus: Eum, cui adminiſtratio negotiorum eſt mandata, cautione oblatâ, debitores exigere poſſe. * Addatur Brunnemannus, *ad dict. l. 5. §. 18. ff. de N. O. N.* Bachov. *ad τὰ πρῶτα. tit. de procur. cap. 4. num. 9. pag. 823.* † (2.) Concluſio hæc eſto: *Si conſtet procuratorem nullum habere mandatum; & tunc, (niſi coniuncta ſit perſona) invito adverſario agere nequit,* etiam præſtitâ cautione. *l. ſi pupilli. 6. §. ult. de negot. geſt.* ** ſed à limine ſtatim Judicii repelli debet, etiam nemine petente; judicis officio. Bened. Carpzovius, *tract. de proceſſ. tit. 5. artic. 1.* ** Tametſi namque per Cautionem Rati ſatis proſpectum adverſario videatur; quippe cui contra procuratorem, qui ita cavit, ſeu promiſſorem, ejuſque heredes & fidejuſſores, in quantitatem cautione definitam, vel id quod intereſt, actio datur. *l. in ſtipulatione. 2. l. ſi commiſſa. 13. princ. rem rat. haber.* Colleg. Jurid. Argentor. *add. tit. theſ. 29.* Ludov. Poſtius, *reſolut. 135. num. 46.* Quia tamen, juxta prudentiſſimum monitum Juriſconſulti, magis utique expedit, rem ſalvam habere, quàm tabulas, rem ſalvam fore, cautionis habere; *l. 5. ff. de ſuſpect. tutorib. l. ult. Cod. in quib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſar. n. e.* Vide hîc David Mevium, *part. 7. deciſ. 37.* eapropter de veri-

veritate hujus concluſionis fruſtra cenſent vel dubitari. Dn. D. Bardili, *d. falſ. procurat. theſ. 68. & 69.* † Non ergò approbanda eſt Accurſii, Donelli & aliorum opinio, qui dicunt: admitti quoque hanc cautionem offerentem, etſi nihil probaverit, niſi reus contrarium mox ſit probaturus. Nam eas opiniones reprobat, cùm praxis, tum ipſe Hilliger. *ad Donellum, lib. 18. cap. 13. lit. X. & Y.* Ummius, *d. diſputat. 9. ſub numer. 30. fol. 396. &c.* * Antonius Perez. *in Cod. hîc. num. 15. 16.* Johan. Brunnemann. & Barboſa, *ad l. 1. Cod. hic*; Franzk. *ad eund. hunc tit. d. Procurator. num. 25.* Ludolphus Schrader, *tract. feudal. part. 10. ſect. 18. n. 145. & 151.* ** imò & expreſsè eandem reprobat ordinatio Cameralis, *part. 1. tit. 20. in fin. ibi:* Vnd ſoll hinfüro kein *Procurator*, von deß andern wegen/ *ſub ſpecie ratificationis*, zu handlen/ zugelaſſen werden. Jacobus Blum. *Proceſſ. Cameral. tit. 10. num. 20.* Uſus fori Saxonici, per tradita Berlichii, *part. 1. concluſ. 14. num. 17.* Bened. Carpzov. *Jur. Forenſ. p. 1. c. 1. definit. 26. num. 6.* & aliorum judiciorum; quod teſtatur, poſt plures alios à ſeſe laudatos, Simon à Grœnewegen, *tract. d. LL. abrog. ad §. 3. Inſtit. de his, per q. a. p.* Et quamvis, quæ dicta ſunt de ſtylo Auguſtæ Imperii Cameræ, limitata videantur *in part. 1. tit. 21.* quippe ubi ſancitur: quòd Procuratores Cameræ cum Rati cautione uſque ad litem conteſtatam ſint admittendi, §. Weiter ſetzen wir. ibi: daß dieſelbe/ auff ihren Beſtand *de Rato, in præparatoriis Judiciorum*, biß zu Bevöſtigung deß Kriegs/ zugelaſſen werden/ ꝛc. Attamen hæc non de falſo Procuratore, qui nullam omninò de mandato fidem fecit; verùm de illo, qui mandatum aliqualiter; ſed non tamen plenè aut ſufficienter judici probavit, imò nec de hoc in omnibus caſibus, intelligi debere, non ſine ratione concludit Schrader, *d. p. 10. ſect. 18. num. 147. & 148.* eò quòd ſcilicet, ſicut alia omnia ſtatuta, ordinationes & conſtitutiones, Ordinatio quoque Cameralis, ſecundum LL. & jura communia in dubio intelligi, declarari & reſtringi modis omnibus debeat. J. O. Tabor. *tr. d. alter. Tant. p. 4. art. 7. theſ. 4.* Dnn. Anteceſſores hujus Univerſit. apud Autorem, *vol. 4. conſil. 149. n. 17. & ſeqq.* Nec recedere ab hac interpretatione videtur Blumius, *tit. 67 num. 62.* ubi, ſi periculum Domini irreparabilis vel Annullationis ſententiæ ſubſit, illam de rato cautionem non admitti; ſed ſtatim, ſi res ferat, in contumaciam procedi, vel terminum aliquem ad veram legitimationem, ſub comminatione proclamatis, præfigi teſtatur.

tur. Unde etiam meritiſſimus Iureconſultus, Dn. Dr. Lauterbach/ in tractatione quæſtionis: Quando dubium oritur de mandato ſubſtitutionis, an de ſubſtituentis, an vero de Domini ratihabitione Procur. ſubſtitutus cavere debeat? in eodem planè ſenſu *d.* §. verbis utitur, dùm *in accuratiſſ. ſua diſquiſit. de Procurat. ſubſtitut. cap. 2. §. 3.* notanter ſcribit: *In Camera Imperiali hac Rati cautio, quæ in caſu mandati dubii à procuratore præſtatur, tantùm uſque ad Litis conteſtationem admittitur; quoad litem vero conteſtandam & reliquum iudicii curſum, niſi plenô mandatô inſtructi, non admittuntur.* Jacob. Schulz. *obſ. for. 21. num. 23.* Conſent. Nobil. ejuſd. Collega, Dn. D. Bardili, *in diſp. d. falſ. Proc. th. 70.*† Vide etiam Timæum Fabrum, *cap. 21. annotat.* (3.) Si dubitetur de mandato, & id tamen probabiliter aſſeratur, hoc caſu locus eſt cautioni de rato. *l. 1. C. h. l. 3. §. 2. ut in poſſeſſ. legator.* Bronchorſt. *d. aſſert. 26.* ubi contrariis reſpondet. Ummius, *d. diſp. 9. ſub num. 30. fol. 396.* adde Wurmſer. *tit. de ſatiſdat. obſervat. 2. & 3. per tot.* At ſi cautio ea ante litem conteſtatam non fuerit petita, poſtea illa peti nequit. *l. Pomponius. 40. §. 3. h. tit.* ** Vid. tamen *l. 2. C. de conſortib. eiuſd. lit.* Struven, *adv. exercit. 47. theſ. 1.* Ludolphum Schrader. *tract. feud. part. 10. ſect. 18. num. 168. & ſeqq.* † in eóque differt hæc exceptio inſufficientis, vel non ſatis probati mandati, ab exceptione falſi, vel nullius procuratoris, quæ, ut dixi, ſemper objicii poteſt; * etiam in ipſa executione. Vincent. Caroc. *de remed. contr. præiudic. ſentent. except. 88. num 1.* Berlich. *part. 1. concluſ. 49. numer. 12.* Dn. Præceptor Lauterbach/ *d. §. 5.* † Cautionis verò ſeu ſatiſdationis de rato, hic eſt effectus, ut reus abſolutus liberetur non minus, ac ſi dominus ageret, nec ſit pejor conditio litigantis cum procuratore; Donell *18. cap. 13.* Et tenetur procurator de rato cavens, ſi ea à domino haud fuit ſequuta, ad omne intereſſe. * Videatur *l. 13. l. 22. ff. rem rat. haber.* Struven, *citat. loc. theſ. 111.* David Mevius, *part. 7. deciſ. Viſmarienſ. 37.* ubi tùm procuratores, ex hac ipſa ratione, à nimia illa (quæ viget in Foro) & penè admirandâ de rato cavendi facilitate ſeriò dehortatur, tùm etiam, quid Judici hîc incumbat faciendum, prudenter inculcat. ** Adde quòd porrò talis procurator haud rarò puniatur. Zahnn. *de mendac. lib. 2. cap. 72. num. 1.* Jure Saxonico quid hîc ſtatuatur, monſtrat Carpzovius, *part. 1. cap. 1. def. 26. num. 6.* In Camera quoque Imperiali hanc tame-

temeritatem non ferri impunè; ſed procuratores, qui ſine mandato egerunt, arbitrariè mulctari, varii docent textus. Vid. Viſitations-Abſchied. de Anno 1560. §. alsdann auch. *proc. mem. 75. §. 3.* und nach dem Form. ſentent. und ferner in der gemein: daß ſich *Procuratores* in allen Sachen/ hinfüro ohne Gewalt/ bey Vermeidung der *Pœn*, in der Ordnung begriffen/ einzulaſſen enthalten ſollen. Barth. *part. 1. Anno 1523. pag. 632. C. & Anno 1528. pag. 987. F.* und iſt darneben gegen *D. C. M.* und *D. H.* umb daß ſie ſich in der Sachen ohne Gewalt bißhero eingelaſſen und gehandelt haben/ die Straff vorbehalten. Conſulti ſ. Dn. Lauterbach/ *in d. diſquiſ. de Procur. ſubſt. cap. 2. §. 5.*† Proceſſus autem & ſententia contra talem falſum procuratorem lata non tenet; quia non habet executionem: ** Licet enim communiter dicant, ſententiam talem tantùm contra dominum nullam eſſe; contra falſum autem procuratorem, quòd ipſe caverit, executioni mandari, poſt Bartol. Alexandr. Vanti. Duaren. & alios plures à ſe allegatos, Balthaſ. Conrad. Zahnn. d. Mendac. *lib. 2. cap. 72. §. nihilominùs. num. 1.* Treutl. *volum. 1. D. 9. th. 9. lit. D.* attamen hoc non ita crudè exaudiri debere, nec de ipſa ſententia contra falſum procuratorem publicata & lata (quippe quæ generaliter, & ſic etiam quoad Procuratorem, qui cavit de Rato, argum. *l. 1. d. leg. praeſ.* inanis & vana paſſim nuncupatur.) rectè docet contra Treutler. acerrimus ejuſdem Cuſtos, Reinhard Bachovius, *d. lit. D. verſ. ſequitur.* cujus verba omninò huc referri merentur: *Planè*, inquit ille, *ubi cautio rati intervenit, per obliquum judicium effectum habere videtur, quod per eam efficitur, ut reus, quantum, iterum conventus, domino praſtat, à procuratore falſo ejuſque fidejuſſoribus conſequatur. l. 3. §. ult. rem rat. haber. Revera autem judicium nullum eſt & manet: ſiquidem nullam inde judicati actionem naſci vel exceptionem conſtat. Ideoq; nec verum eſt, quod ait Treutlerus, ſententiam mandari executioni contra falſum procuratorem; cùm non, niſi ex ſtipulatione rati conveniri poſſit.* Adde Dn. Bardili. *cit. l. th. 75.*† Secus eſt in falſo procuratore rei: quia contra eum executio ſententiæ ſuſcipi poteſt; Mynſ. *1. obſ. 75. & 5. obſ. 49.* Nec datur executio, Domini abſque ratihabitione, Hattman. *tit. de procurator. obſerv. 1. verſ. & ſic quando.* * Diſſent. Caſpar Manz. *deciſ. Palatin. quaſt. 73. num. 7.* Marant. *de ord. judic. pag. 6. de ſentent. num. 110.* Honoratiſſ. m. Præceptor Dn. D. Bardili. *d. l. theſ. 75.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. D. 9. theſ. 9. lit. D.* qui omninò videri meretur.

Reſtat,

Reſtat, ut dicam, quando dubium reddatur Mandatum, & qua ratione mandatum veriſimiliter probatum cenſeatur, ut cautioni de rato ſit locus. Sanè non ſufficit Procuratorem allegare mandatum, ſed id probare debet: ea probatio ſi unico fiat teſte; ſi fiat inſtrumento, de cujus fide dubitetur; ſi adſit procuratorii inſtrumentum nullâ laborans ſuſpicione, ſed ſi mutilum & clauſulis ſuis *(de quibus weſ. *h. t. n. 7.* ibique Bach. & Hahn. Berl. *p. 1. c. 14. n. 17. & ſeqq.* Carpz. *p. 1. c. 1. D. 27. & 28.* W. Lr. *p. 1. tit. 16.* §. da aber.)† non ſis munitum, ad cautionem de rato eſt perveniendum; vel petente adverſario, vel etiam ex officio. * Idem eſt, ſi Actor à tutoribus vel curatoribus conſtitutus, actorium vel mandatum quidem habeat, ad ſuæ perſonæ legitimationem; ſed nullum (ad perſonas tutorum & curatorum legitimandas indiſtinctè neceſſarium; conferat. Carpzov. *l. 3. R. 14. num. 1.* F. W. Landrecht. *part. 1. tit. 16.* §. und wo Minderjährige. Hermannus Vultei. *l. 2. J. R. num. 107. pag. 617.*) producat Tutorium vel Curatorium; in terminis Carpzov. *de Proceſſ. tit. 5. artic. 6. num. 58.* ubi Senatum Appellation. Anno 1621. ita meminit reſpondiſſe. * Sufficit tamen ſolum Actorium, ſi in ipſo illo loco, ubi lis agitatur, tutor conſtitutus ſit. Vultei. *dict. loc.* Gail. *l. 2. obſ. 107. in fin.* *Plures caſus, quibus mandatum dicitur dubium, enumerat Berlichius, *part. 1. concl. 14. num. 57.* Nicol. Calvol. *comm. concluſ. aur. §. procurator. 7. concluſ. 4. num. 2 & ſeqq.*† Judex procuratorem à limine Judici repellere poteſt, ſi neque de mandato docere, neque etiam cavere velit. Vaſquius, *5. illuſtr. 16. num. 2.* * Ludolphus Schrader, *tract. feud. part. 10. ſect. 18. num. 154.* ubi hanc ſententiam magis communem & in praxi receptam dicit. † Ultimò hoc eſt notandum, caſum eſſe in *l. qui ita. 66. §. 1. ad SC. Trebell.* in qua etiam procurator actoris abſentis, qui deſiderat ſibi reſtitui hereditatem, non admittitur cum cautione de rato, ſi de ejus mandato dubitetur. Quæ Lex non infringit, ſed limitat noſtram opinationem, ex qua hoc rectè extruitur vulgò axioma: ubicunque reo non ſatis eſt cautum, per ſatiſdationem de rato, tunc debere conſtare de mandato procuratoris actoris; ut not. Bart. ad *l. non ſolùm. §. 1. b. t. noſtr.* ubi nec hoc omitti debet, præſumptionibus etiam mandatum probari; puta ſi inſtrumentum debiti exhibeat procurator: exinde etenim præſumitur, mandatum habere. VVurmſer. *tit. 1. obſervat. 2. num. ult.* Menoch. 2.

præſumpt.34. num. 6. & ſeqq. * Conſent. Bachov. *ad Treutl. vol.1. D. 9. theſ. 9. lit. D.* ubi contra diſſent. Bald. & Salyc. hanc opinionem, tanquam communiorem, nervosè propugnat. **In univerſum autem, quomodo mandatum probetur, ubertim tractat Ioſeph. Maſcardus, *de probation. concl. 1006.* Cardinal. Mantic. *de tacit. & ambig. convent. part. 1. lib. 7. titul. 3. 4. & ſeq.* Zanger. *de exception. part. 2. cap. 8. num. 23. & ſeqq.* Dn. Carpzov. *de proceſſ. tit. 5. artic. 1.* ubi inprimis de eo quærit: *An abſentis procurator defectum mandati per literas mandantis ſupplere, vel etiam loco mandati literas ſui Principalis, quibus ipſi poteſtas agendi conceſſa, exhibere & ſic legitimare perſonam ſuam poſſit? num. 59. & ſeq.* †

14. *An in Mandato Procuratorio neceſſaria ſit clauſula rati?*

IN Mandato Procuratorio illud potiſſimùm exprimi debet: (1.) quis dederit Procuratorem, * ſive nomen domini, ut ſciatur: *An legalis ſit perſona, quæ procuratorem conſtituere poſſit.* Benedict. Carpzov. *J. For. part. 1. cap. 1. def. 27. num. 1.* cui adjungendum eſſe nomen heredis: für mich und meine Erben/ ex noviſſima Imperii Conſtitutione de Anno 1654. tradit Dn. Brunnemann, *ad l. 65. ff. h. t. num. 2.*† (2.) Quis datus ſit, * ſive nomen procuratoris conſtituti. Brunneman. & Carpzov. *dd. ll.* Vultei. *J. Rom. l. 2. cap. 30. num. 29.* poſt plures, quos allegat, Johann. Harpprecht. *ad §. 1. num. 230. & ſeqq. Inſtit. h. t.*† (3.) Nomen Adverſarii. * vid. apud eoſdem.† (4.) Cauſa & actus, in quibus, & ad quos conſtituitur procurator. (5.) Judex, coram quo, vel apud quem cauſa peragenda. *(6.) Annus & dies conſtitutionis. Confer. *l. 65. ff. h. tit. cap. accedens. 10. cap. conſtitutis. 12. & cap. fin. x. eod.* dd. Dd. *dd. ll.* inprimis Iohan. Harppr. qui varia procuratorii formularia, in prima & ſecunda inſtantia, ad *d. §. 1. n. 252. J. per q. a. p.* refert, & Dn. Brunnem. *tr. d. Proc. c. 1. num. 75. & ſeqq.* * An etiam requiratur ſubſcriptio & ſubſignatio? vid. apud Carpzov. *dict. l. n. 2.* Brunnemann. *alleg. loc.* ubi plura recenſet.† Et vulgò inſuper multa inſeruntur mandatis; ac penè totus enumeratur Proceſſus; quod de jure neceſſarium haud eſt. Sic neque litis conteſtationis, concluſionis cauſæ, nec denique auditionis ſententiæ mentio neceſſaria eſt; ſed ſufficit, ſi dicatur: daß der

Anwalt

Anwalt Macht habe/ alles vermög Rechtlicher Ordnung zuhandlen. Mynſing. 4. *obſerv. 99.* Quæritur autem: *An adjici neceſſariò debeat promiſſio de ratihabitione?* Id quod multi affirmant, VVurmſer, *1. tit. 5. obſerv. 18.* Rosbach. *tit. 20. num. 24.* Ruland. *de Commiſſar. part. 1. lib. 5. cap. 8. num. 6.* Hilliger, *ad Donell. l. 18. cap. 12. lit. Ee.* Dn Brunnemann, *cit. loc. num. 1.* Sic & ſanctio VVürtembergica Municipalis, *lib. 1. tit. 16.* §. da aber. *infin.* hanc clauſulam requirit: auch mit Verſpruch an Eydsſtatt/ was auff ſolchen Gewalt erkennt werde/ das wahr und ſtät zuhalten/ ſo viel recht ſeye. *Carpz. alleg. loc. n. 2.* Brunnem. *cit. l.* † Viciſſim exiſtimant quidam, clauſulam eam non neceſſariam, ſed utilem tamen eſſe: & mandatum cum clauſula hac, æquipollere mandato cum libera poteſtate; præſertim ſi non ſpeciali, ſed generali mandato ſubjiciatur. Alciatus in *l. tranſactionis. 7. C. de Tranſactionib.* Verùm magis eſt, ut dicamus, mandatum non mutilari, ſi illa deſit, nec ampliari, ſi adſit. Andreas Rauchbar. *lib. 1. quæſt. 2.* mandato enim tacitè ineſt promiſſio ratihabitionis. *l. ſi Procur. 6. d. condict. indebit.* Atqui expreſſio eorum, quæ tacitè inſunt, nihil porrò operatur. *l. non rectè.* ubi Bald. *C. de fidejuſſ.* * *l. 3 de Legat. 1.* Gothofr. *ad d. l. 6. d. cond. indeb. lit. f.* Barſchamp. *d. Clauſ. 1. c. 6. n. 52.* ** unde Bachovius: Sicut Procurator, de cujus mandato conſtat, de rato non cavet; ita quoque nec Dominus, qui mandatum dat, ampliùs, ratum ſe habiturum, adjicere neceſſe habet. Et citra quodcunque abſolvitur mandatum, id de eſſentia mandati vel neceſſitate eſſe non poteſt: perficitur autem mandatum nudo conſenſu, dùm quis alteri negotia ſua curanda committit. Et pluſquam ridiculus fuerit, ſi faſſus, mandatum ſe dediſſe, de non adjecta clauſula rati excipiat. *ad Treutl. volum. 1. D. 9. th. 8. lit. A.* conſent. Franzkius, *ad π. h. t. num. 24.* Henric. Hahn. *ad VVeſembec. h. t. num. 6.* Dn. D. Lauterbach/ *ad 7. Prov. VVürtemb. p. 1. tit. 16.* §. da aber. † Nec etiam ea clauſula extendit mandatum; cùm verba ſecundum ſubjectam materiam ſint accipienda; etiamſi univerſalia exiſtant. Ludolph. Schrader. *d. feud. part. 10. ſect. 3. n. 24. &c.* Et Clauſulæ executivæ, non alterant vel augent diſpoſitionem, præſertim ſi ſint relativæ, ut ſi dixerit mandans: ſe ratum habiturum, quicquid ita vel hoc modo, vel in prædictis cauſis geſſerit Procurator. Decianus, *reſponſ. 19. n. 31 &c. vol. 3* Quòdque dici ſolet: in Contractibus nullum verbum, nullumque adeò

apicem otioſè & ſine virtute operandi adpoſitam cenſeri,intelligi debet de verbis diſpoſitivis, non de acceſſoriis & executivis, quæ magis de ſtylo & uſu Notariorum,quàm ex contrahentium mente adjecta videntur. Rauchbar. *d. loc. n. 14. & ſeqq.* Obſtare porrò fortiter videtur, quod in *l. 65. h.* hæc quaſi forma Procuratorii præſcribitur à Modeſtino IC. ut in eo nomen conſtituentis, conſtitutique Procuratoris, cauſa, & inſuper promiſſio ratihabitionis exprimatur. Sed forma præcisè eſt obſervanda, quæ utpote dat eſſe rei. Dd. in *l. 1. d. lib. & poſthum.* Ac, ſi non aliter Dominus abſentem Procuratorem ſatiſdatione, vel cautione rati relevare poteſt, quàm ſi in Procuratorio ſpoponderit,ratum ſe habiturum, quod cum eo actum ſit; conſequens omninò eſt, Procuratorium abſque hac clauſula non dici ſolenne & perfectum: cùm Procurator, qui ſolenne mandatum habet, de rato non caveat. *§. ſin autem. 3. Inſtit d. ſatiſd. l. un. C. eod. l. 1. Cod. de Procur.* Mynſing. *obſ. 75. c. 1. & obſerv. 49. cent. 5.* Weſenbec. *in paratit. d. Procur. n. 6.* Sed *l. ſi Procuratorem. 65.* vel ad ſatiſdationis modum, qui antiquitati placuit & ad jus vetus referenda eſt,quo Procurator, etſi de mandato doceret, ſatiſdare jubebatur, rem ratam dominum habiturum,ut probat text. *in § Procurator verò cum §. ſeq. Inſt. de ſatiſdat.* niſi dominus promitteret, ſe ratum habiturum., quod cum eo actum fuerit. *d. l. ſi Procuratorem,* vel ſpeciale erit in Procuratore, qui ab abſente Domino, per epiſtolam, vel literas ad adverſarium directas conſtituitur. Is enim ita demùm, velut præſentis Procurator, intervenire intelligitur, proindeque de rato non cavet, ſi Dominus ipſe de rato in literis promiſerit, & literæ ejus ab adverſario adprobantur, *ſæpe d l. ſi Procuratorem.* Sed hæc ratihabitionis promiſſio & cautio, ex parte actoris, ejuſque Procuratoris, & adprobatio adverſarii neceſſaria non eſt, ſi mandatum actis inſinuetur, vel præſens Dominus litis in judicio, apud acta, Procuratoris ſui perſonam confirmet. *d. §. ſin autem. Inſt. de ſatiſd. & d. l. un. C. eod.* ** Aliter ad *dict. l. 65.* cum Gloſſa & Caſtrenſ. reſpondet Bachov. nempe verba illa: *Ratum ſe habiturum,* planè eſſe ſuperflua,& ſaltem declarationis gratia adjecta eſſe. *ad Tr. V. 1. D. 9. th. 8. lit. A.* **Hodiè tn. hæc clauſula,ex comuni practicorum adſertione, præcisè neceſſaria eſt, ſic ut ſalvo mandato omitti non poſſit; quemadmodum non ſaltem de Wurtembergico foro teſtatur Bocer, *Cl. 6. d. 6. th. 55.* & ſupra allegata ſanctio

ctio expreſſa, *p. 1. t. 16.* §. **da aber.** ibique Dn. **Lauterbach**: addatur **Neu Hoffger. Ord.** *p. 1. tit. 8. pag. 25.* Sed etiam de aliis Tribunalibus paſſim Interppr. Dn. Hahn. *loc. ſupra cit.* Carpz. *d. Proc. tit. 5. art. 1. n. 76. & ſeqq.* nec non in *J. F. p. 1. C. 1. defin. 27.* Berlich. *p. 1. deciſ. 80. n. 2.* B. Dn. Brunnem. *d. Proc. c. 1. n. 75.* Nobiliſs. Dn. D. Bardili, *in diſp. d. ratihabit. th. 28.* †

15. *Quæ ſpeciale Mandatum requirant?*

SEd ſunt quædam, quæ ſpeciale mandatum deſiderant, atque ita comparata cenſentur, ut neceſſariò expreſſa eorum mentio in mandato fieri debeat; * maximè jure Canonico. Dn. Hahn. *ad VVeſembec. ff. h. t. num. 7.* ** Tale vulgo cenſetur (1.) Matrimonium, per *capit. final. de procur. in 6.* Hilliger, *in Donell. enucl. lib. 15. cap. 20. lit. A.* Hahn. *d. num. 7.* Harppr. *ad §. 1. num. 241. J. p. q. a. p.* Dn. Brunneman. *tract. de proc. cap. 1. num. 80.* unde procuratori petenti, ut reus ſe declararet, utrum actricem in matrimonium ducere vellet nec ne, (non obſtante generali mandato coram Judice producto) defectum mandati rectè fuiſſe objectum, obſervavit Dn. Mevius, *part. 8. deciſ. 217.* ubi addit: quòd, ubi ſpecialis animi declaratio requiritur, etiam ſpeciale requiratur mandatum. *(2.) Cauſa Famæ. *l. non ſolùm. 39. §. ult.* ibi: *quoniam fama cauſa eſt; niſi conſtet ei mandatum nominatim. ff. h. t.* ubi Dn. Brunnemann. Struv. *ad π. Exerc. 7. th. 34.* † (3.) Petitio in integrum reſtitutionis. ** *l. illud. 25. §. 1.* ibi: *cui id ipſum nominatim mandatum. ff. d. minorib. cap. coram. 7. circ. fin. de reſtit. in integr. in 6.* Dn. Struven, *cit. loc.* Colleg. Jurid. Argentor. *hîc. theſ. 65* Hahn. *præalleg. loc.* ** eo quòd nempe mutatio voluntatis, in eo, qui ritè rem geſſit, non præſumatur, neque quiſquam cenſeatur, contra proprium factum venire velle. *l. eum. 22. ff. de probation.* Brunnemann. *de Proc. c. 1. num. 80.* † quod tamen declarant, ut tùm demùm procedat, ſi reſtitutio petatur principaliter; Mynſing. *2. obſ. 26.* vid. Covarruv. *reſol. cap. 4.* ** Si enim ſaltem incidenter hoc fiat vel per modum exceptionis, tunc etiam generale ſufficere mandatum, communis eſt definitio. Sfort. Odd. *d. reſt. in integr. quæſt. 31. artic. 13.* Bened. Carpzov. *l. 2. R. 99.* Dn. Brunnemann, *ad dict. l. 25. num. 3.* Hahn. *d. num. 7.* Dn. Mevius, *part. 5. deciſ. 96. ubi præjudic.* † Sed & (in priori ſpecie) ad

 hoc,

hoc, ut mandatum ſpeciale dicatur, ſufficit eidem inſertum eſſe: Quòd procurator debeat facultatem habere reſtitutionem in integrum petendi; tametſi cauſa, ex qua illa concedenda, non apponatur. Mynſinger. *d. loc. num. 5.* * Harppr. *ad princip. num. 23. & ſeqq. Inſt. de his, p. q. a. p.* poſt Covarr. Roland. à Valle. Umm. Dn. Brunneman. *ad dict. l. 25. num. 2.* ** Denique interdum, ad hoc Prætoris beneficium etiam principaliter petendum, generale quoque mandatum admittitur, nimirum, ſi vel clauſulâ cum Libera illud muniatur, *cap. 2. h. tit. in 6.* vel de rato caveatur. *l. quod ſi. 26. princip. & ibid.* Brunnemannus. *ff. h. t.* † (4.) Receptio ſolutionis. Rosbach. *de proc. civ. tit. 20. num. 14* ſicque Anton. Faber, *Cod. lib. 8. tit. 29. defin. 24.* dicit: *Procuratori ad debitum exigendum dato rectè ſolvi non poſſe; niſi habeat ſpeciale mandatum.* ** Quod tamen non intelligi debet de procuratore extrajudiciali; (quippe de quo nec ſermo hîc eſt) hic enim, ſi ſit univerſalis & ad omnia negotia conſtitutus, ſolutum à debitoribus accipere omninò poteſt, licet hoc non ſit ſpecialiter mandatum. *l. 12. princ. de ſolut. l. 11. de pact.* verùm de eo, qui datus eſt ad lites, de quo etiam hoc aſſerunt. *l. 13. princ. de pactis. l. 86. de ſolution.* Vid. meritiſs. Dn. D. Lauterbach/ *de ſolut. th. 13. & 14.* † Atq; hinc quoque porrò inferunt Dd.: Quòd nec ſententiæ executionem, nec expenſarum taxationem poſſit petere procurator; niſi itidem ſpecialiter hoc eidem committatur. Wurmſer. *1. titul. 5. obſ. 7. & 13.* Dn. D. Bocer. *part. 1. claſſ. 2. diſput. de mand. th. 62.* * Hahn. *ad VVeſemb. loc. ſupracit. num. 7.* ** adeò, ut ſi quis in principali mandatum habuerit atque vicerit, & expenſarum taxatio ad priorem judicem remittatur; Procurator ille, ſi adverſarius in taxativa provocet, coram appellationis judice, priore mandato uti non poſſit, autore Wurmſero, *d. obſerv. 13.* quo tamen in caſu Inclytum Würtembergiæ Dicaſterium ſufficere putavit, ſi in procuratorio ſimpliciter dicatur: Quòd procurator in puncto executionis procedere debeat activè & paſſivè, quod refert Autor, ad *part. 1. tit. 16. Jur. Provincial. num. 41.* † ** (5.) Juramenti Delatio; juxta Dn. Struvium, *dict. theſ. 34.* Benedict. Carpzov. *part. 1. cap. 12. deciſ. 12. J. For.* Brunnemann. *ad l. 17. §. ult. de jurejur.* & in *proceſſ. cap. 1. n. 80.* Dn. Lauterbach/ *in diſquiſ. d. Caut. Rat. à Conjunct. praſt. 8. 27.* itemq;. * (6.) Ejuſdem Relatio. dd. Dd. *dd. locc.* videatur celeberr. Dn. Lauterbach/ *de relat. jurisjur. theſ.* 25.

15. *Et (7.) Acceptatio. Carpz. & Brunnem. *cit. locc.*† Nec non (8.) ejuſdem Præſtatio. *Iidem *ibid.*† Omne enim juramentum pro alio præſtandum, ſpeciale requirit mandatum. Rosbach. *d. loc.* cùm nempe animam concernat. *Videatur Reichs-Abſch. de Anno 1654. §. über diſes verordnen wir. Ordin. Cameral. *part. 1. tit. 65. & 66.* W. Landr. *p. 1. t. 16.* §. aber in Sachen und fällen, ibi: in ſchwörung der Eyd. Setſ. *lib. 1. de Juram. c. 14.* & qui hæc accuratè, ut omnia, Dn. m. Lauterbach/ *in ſynopt. tract. de iurament. in gener. §. 1. n. 5.* ubi tamen illud præprimis inculcat: Quòd, quando per procuratorem ſpeciale mandatum ad jurandum habentem, juramentum in alterius animam, in der Parthenen Seele/ præſtatur, procurator ille in hoc caſu magis nuntii, quàm veri Procuratoris, officio fungatur, ac nudum præſtet miniſterium. vid. plura ibid. † Et poſſunt pleraque juramenta præſtari per Procuratorem, ſpeciali, ut dictum, mandato inſtructum. *cap. ult. d. iuram. Calumn. in 6.* etiam Homagium & fidelitatis *c. 1. § utrum. d. ſtat. regul. in 6.* *item Credulitatis; noviſſimè D. Lauterbach/ *in Commentat. d. iuram. credulit. th. 25.* Calumniæ: intellige noſtris moribus. *Ord. Camer. p. 1. t. 65. Receſſ. Imper. d. Anno 1654.* §. über dieſes verordnen wir. Würt. Landr. *part. 1 t. 26.* §. und ob ein *Procur.* de quo iterum Dn. Lauterbach. *in tract. ſynopt. d. iuram. Calumn. gener. §. 7. n. 109.* & ſic etiam Dandorum & reſpondendorum; Dn. Brunnemann. *d. pr. c. 1. n. 80.* item juramentum pro impetranda quarta dilatione. Gail. *l. 1. obſ. 19. n. 19.* Brunnemann. ibid. Juramentum in Litem, ſecundùm Praxin, de qua Dn. Lauterbach/ *in ſynopt. tract. d. iuram. in Lit. affect. n. 8.*† Secus tamen eſt, ſi jura exigant præſentiam & manum ejus, qui jurat; ut eſt inprimis Teſtium juramentum. Rauchbar. *1. quæſt. 8. num. 12.* *Purgationis. O. Camer. *l. 2. t. 10. § 1. & §.* wäre aber. Dn. D. Lauterbach. *d. iuram. purgat. n. 62.* niſi in illuſtri dignitate ſit poſitus, cui injuncta purgatio. *d. tit. 10.* §. doch daß er dem Richter. *Judiciale; Bachov. *ad Treutler. vol. 1. D. 21. theſ. 1. lit. A.* verb. *moribus vero receptum:* ſi modò id ipſi Principali deferatur, & ab ipſomet id præſtari præcisè velit Adverſarius. *l. 12. §. 4. C. d. reb. cred.* confer. Dn. Brunnem. *d. Proc. c. 23. n. 21.* Bocer. *Cl. 6. D. 18. th. 49.* & inprimis Dn. Lauterbach. *d. iuram. Judici. §. 5. num. 87.* *Regulariter etiam ſuppletorium, vid. Beuſt. *in l. 31. d. iureiur. num. 408. & ſeqq.* Dn. Lauterbach. *d. iurament. neceſſar. n. 97.* *& interdum calumniæ; ſi nempe, ob ſingulares cauſas, ipſos principales judex jubeat

ſubeat jurare. *c. 3. extr. d. iur. cal.* Vid. Conſultiſſ. Fac. Jur. Tub. Anteceſſores, Dn. D. Grave, *in diſp. pro Loc. in laud. Facult. obtin. de iurei. propt. calumn. cap. 3. §. 8.* & Dn. D. Lauterbach / *d. tr. de iuram. calumn. gener. num. 109.* † Imò de jure ac uſu Saxonico vix ullum Juramentum per Procuratorem, ſpecialiſſimo licet mandato inſtructum, præſtari poteſt. Rauchbar. *d. l. num. 13. & ſeqq.* * Dn. Carpzov. *in J. For. p. 1. C. 12. defin. 39. num. 3. & ſeqq.* † Quæ conſuetudo laudabilis reputatur: cùm multi non afficiantur, ſi non ſua manu jurent. * Vid. plurib. Carpzov. *cit. loc.* Brunnemann. *ad l. 2. §. 3. in fin. Cod. d. iureiur. propt. Calumn.* & inprimis Juſtus Oldekop, *in ſpeciali differt. d. iureiur. in alter. anim.* † Sed tamen Curatores, Tutores, Oeconomi, Prælati, ac cœteri alieni patrimonii habentes adminiſtrationem, ſine mandato ſpeciali, juramentum Calumniæ præſtant, & petunt in integrum reſtitutionem. Mynſing. *d. obſ. 26. ad fin.* cùm habeant ad id mandatum à lege. * Dn. Brunnemann. *ad l. 26. § 3. ff. d. minorib.* † (9.) huc etiam refertur tranſactio. * *per l. mandato. 60. ff. h. t. de procura. c. 4. eod. in 6.* Dn. Struv. *ad π. Ex 7. θ. 34.* Dn. Lauterbach / *d. Cant. Rat. a C. p. θ. 27.* Henr. Hahn. *ad VVeſ. l. ſupra cit.* qui tn. hoc reſtringit ad Jus Canonicum; jure contra civili generale mandatum ſufficere ratus; *per l. 58. eod. h. t. non obſt. d. l. 60.* ad quam reſpondet. † (10.) Compromiſſum. * W. Landr. *p. 1. t. 16.* §. aber in Sachen und fällen. ibi: eines *Compromiſſ* Hahn. *d. n 7.* ** (11.) Interdictum de liberis exhibendis. *l. Pomponius 40. pr. h. t.* Dn. Struv. *cit. l.* Harpp. *add. §. 1 J. p. q a. p. n 241.* ** (12.) Cauſæ Reaſſumtio. Dn. Hahn. *ſape d. n. 7.* * (13.) Renunciatio Appellationis. Dn. Brunnem. *de Proc. c. 1. n. 80.* Addat. omninò Dn. VVibel, *d. Contract. mulier. c. 3. §. 8. num. 84.* * (14.) Recognitio inſtrumenti, vel etiam jurata ejuſdem diffeſſio, Carpzov. *l. 3. R 4. & d. Proc. t. 5. art. 2. num. 29. & ſeqq.* Dn. Brunnemann. *cit. loc.* Dn. D. Bardili. *d. inſtrum. recogn. th. 17.* * (15.) Petitio bonorum ſeparationis; de qua Dn. D. Lauterbach. *in Commentat. de ſeparation. c. 2. §. 9.* * (16.) Petitio abſolutionis ab Excommunicatione, poſt Speculator. Harppr. *d. num. 241.* * (17.) Collatio beneficiorum. *c. fin. d. off. vicar.* Harppr. *ibid.* ut & * (18.) Feudi datio; poſt alios quos citat, Rittershuſ. *partit. feudal. lib. 1. cap. 5 quaſt. 23.* * (19.) Retorſio injuriarum, ubi nempe toleratur; prolixè Joann. Harppr. *ad §. hac actio. 12. num. 162. & ſeqq. Inſtit. d. iniur.* * (20.) Arreſtum; Harppr. *ad d.*

§. 1.

§. 1. per q. ag. p. n. 242. & ſeqq. vid. Dn. Brunnemann. *ad l. 40. princip. h. t. d. Procurator.* *Et denique alia complura ſimilia, quæ pleno horreo admetitur Borellus & Caſpar Manzius, in *locc.* à Dn. Hahnio, *ſupra dict. num. 7. allegg.* Sufficiat, hucuſque adductis generalem ſubnectere Interppr. regulam, qua dicunt: Quòd in omni negotio magni momenti & præjudicii ſpeciale Mandatum ſit neceſſarium, argum. *l. ſi quis. 25. §. ſed utrum. 5. d. acquir. vel omitt. hered.* Dn. Benedict. Carpzovius, in *Jur. For. part. 1. Conſt. 17. defin. 43. in fin.* Anton. Teſſaur. *deciſ. 155.* Dn. Præceptor Lauterbach/ *d. cap. 2. §. 9. Comment. d. Separat.* †

16. Cur per Procuratorem hereditas non poſſit adiri?

VEteres Interpretes, Accurſium ſequuti, magis communiter dixerunt, per procuratorem hereditatem adiri non poſſe. *l. per procuratorem. 90. de acquir. hered.* ubi reſpondetur: *per procuratorem hereditatem acquiri non poſſe.* Sed quia legitur in Cod. Flor. *Per curatorem*, indè alii dicunt, Duaren. *2. diſputat. cap. 27.* per Procuratorem hoc etiam fieri poſſe; cùm nullibi prohibitum reperiatur, & Procuratoris uſus regulariter permiſſus in omnibus negotiis ſit; niſi ubi id prohibitum disertè inveniatur. *l. 1. de Procuratorib.* Cujacius quidem *1. obſ. 34.* retinet veterem lectionem, & non ſatis correctas eſſe hac in parte autumat Florentinas. Et pluribus pro Duareno pugnat Fachinæus, *6. controv. c. 96.* Sed Lyclama, *3. membr. cap. 18.* perpendit *in d. l. 90.* non prohiberi aditionem; ſed dici: hæreditatem acquiri non poſſe; nec ideò ſe torquet, quomodo legi debeat *ſæpe d. l. 90.* cùm & in *l. 54. d. acquir. rer. domin.* dicatur, per liberam perſonam aquiri hæreditatem nulli poſſe. Et ratio eſt: quia per extraneam perſonam, dominium nulla ex cauſa contingit; *t. t. Inſt. per quas perſon.* nulla item obligatio acquiri ſolet, ſed poſſeſſio tantum. *l. 11. §. 6. d. pignor. action. l. 1. C. d. acquir. poſſeſſ.* Cùm ergò tam Curator, quàm Procurator extranei ſint, nil refert, quomodo lex illa 90. legatur. ** Atqui cùm neque hereditatis aditio ſine ejuſdem acquiſitione, neque item acquiſitio ſine aditione intelligi poſſit; ſed aditio & adquiſitio tempore planè coincidant; *§. ult. in fin. ibi: pro herede gerere & acquirere ſibi hereditatem. Inſt. d. h. q. & d.* equidem non

minima de hac Lyclamæ diſtinctione relinquitur dubitatio; per ea, quæ habent Excellentiſſimi DDres Fratres, Burckhardus & Andreas Bardili, *in diſp. d Heredit. adition. th. 45.* ibi: *unde paria ſunt, voluntatem de adeunda hereditate declarare, & hereditatem ſibi adquirere.* Arnoldus Vinnius, *add. §. ult. n. 2. & 3.* ** Illud omninò certum manet, quòd nihil interſit, ſive legatur *in d. leg. per Curatorem*; ſive legatur: *per procuratorem.* Nempe quemadmodum curator ſolus minori delatam Hereditatem adire non poteſt. *l. 5.* ibi: *ſed ipſius actus & voluntas fuit neceſſaria. Cod. d. iur. deliber.* Anton. Faber, *in Cod. lib. 6. tit. 12. defin. 11.* B. Dn. Brunnemann, *add. l. 5.* ita nec hoc fieri poteſt per procuratorem; cum hoc puta effectu, ut, quod aliàs juris eſt, Actus Aditionis & adquiſitionis in ipſius perſona conſtituatur & radicetur: Quippe cùm nemo, niſi ille, cui ipſi Hereditas delata eſt, propter ſummam in hoc negotio intercedentem perſonalitatem, (ut per quod etiam defunctum inter & Heredem unio perſonarum conſtitui cenſetur. *Nov. 48.* ibi: *unam quodammodo eſſe perſonam heredis & eius, qui in eum tranſmittit hereditatem. in præfat.*) eam poſſit adire, *l. 21. §. 2. d. A. vel O. H.* laudati Dnn. DDres fratres, *d. diſp. theſ. 36.* Sed & cùm (2.) Hereditatis aditio ſit actus legitimus; *l. actus. 77. ff. d. Reg. iur.* & verò lege agere alieno nomine nemo poſſit. *l. 123. ff. eod.* ſatis utique patet, per procuratorem, cum dicto effectu, nulla ratione hunc actum expediri poſſe. Gothofred. *add. l. 77.* Adde quòd (3.) dùm Aditio, tanquàm negotium magni momenti, ſpecialiter *(l. ſi quis. 25. §. 5. d. A. vel. O. H.)* mandatur, eo ipſo jam Heres adire cenſeatur; ſic ut nulla ulteriori acquiſitione ſit opus; argument. *l. 26. ff. d. t.* Nobiliſs. Dnn. DDres Bardili, *cit. theſ. 36.* Dn. Brunnemann, *ad l. 90. ff. eod. n. 1.* Ferdinandus Arias de Meſa, *lib. 2. cap. 28. num. 6.* Planè, quin is, cui delata eſt Hereditas, voluntatem de ea amplectenda per Procuratorem, tanquam per nuncium, declarare, & ſic eodem, tanquam vivâ epiſtolâ uti poſſit; ita, ut aditio in ipſa mittentis perſona directè & immediatè radicetur, nulla eſt dubitatio. Videatur Johann. Harppr. *ad §. final. num. 26. J. d. H. Q. & Differ.* & Cæſar. Argel. *d. Acquir. poſſeſſ. quæſtion. 15. artic. 5. numer. 16.* relati *in ſæpius laudatâ Diſputatione. theſ. 36.* † In Procuratore autem Cæſaris duo hîc eſſe præcipua obſervanda, conſtat ex *l. 1. §. 2.*

§. 2. ff. d. off. Proc. Caſar. Primum, quòd ſervus Cæſaris, juſſu hujus Procuratoris, adire hereditatem poſſit, etiam Cæſare non jubente: Alterum, quòd Procurator, ſi Cæſar heres inſtitutus eſt, opulentæ hereditati ſe immiſcere queat, & Cæſarem facere heredem. Ergo, qui notant *ad l. 90. ff. de acquir. vel. omitt. hered.* per Curatorem aut Procuratorem acquiri non poſſe hereditatem, niſi ſit opima, juxta *d. l. 1. §. 2. ff. d. offic. Procurat. Caſ.* vix ſunt audiendi. Procurator Cæſaris hoc præcipuum habet, ut opulentæ hereditati nomine Cæſaris, ſi heres inſtitutus ſit, immiſcere ſe poſſit; dubiæ aut damnoſæ non item. *l. 2. ff. d. tit.* cujus ratio eſt in promptu: quia ei non alienare rem Cæſaris, ſed diligenter gerere eſt commiſſum.

17. *Procurator an & quatenùs, tam in præjudicialibus, quàm utilibus declarare queat Domini voluntatem?*

VAriè hac de re loquuntur vulgò Doctores, quorum dicta ſequentibus concluſionibus includit Ioſeph. Ludovicus, *deciſ. Lucenſ. 43.* (1.) Quando Dominus porrexit libellum obſcurum, & procurator conſtitutus fuit generalis; antequam ille Dominus obtuliſſet libellum: tunc locus eſt vulgatæ Doctorum opinioni, quòd Procurator non queat declarare libellum. Etenim Procurator haud certus eſſe poteſt de Domini voluntate; nec præſumitur informatus de poſt facto. (2.) Aliud eſt, ſi Dominus porrexit libellum obſcurum, & deindè immediatè aliquem conſtituit Procuratorem: tunc enim ſupra dicta ratio ceſſat, & locus eſt regulæ illi, quòd geſta per ſimiles Procuratores cenſeantur geſta de mandato & ſcientia conſtituentis. *c. 1. d. confeſſ.* Sic & (3.) poteſt Procurator generalis agere de caducitate, ſine ſpeciali mandato, contra Curtium Iun. *conſil. 149. num. 3.* quia poteſt facere non utilia ſolùm, & quæ Dominus facere ſolitus eſt; ſed & quæ in ejus præjudicium tendunt. *l. qui ſemiſſes. 13. §. quæſitum. de uſur.* Sicque Procurator ad Cambium, etiam uſuras recipere poteſt, ſi faciebat Dominus idem. Ant. Gabriel. *1. de conſuet. concluſ. 1. num. 20.* ** An Procurator ea, quæ Dominus ſpecialiter juſſit, objuſtam cauſam mutare poſſit? ſuppeditat Julianus, *in l. ſi hominem. 30. ff. mandat.* ubi Dn. Brunnemann. †

18. *Amicus pro amico, agere vel appellare ſine mandato haut poteſt.*

COnjunctæ perſonæ, pro conſanguineis & affinibus, ſine mandato agere & experiri queunt. Ita enim reſpondet Ulpianus *in l. ſed & 35. in princ. h. t. n. Sine mandato agere licet liberis, licet ſint in poteſtate; item parentibus, & fratribus, & adfinibus, & libertis.* Conſentit *l. 12. C. eod.* * Videatur Colendiſſ. m. Patronus & Præceptor Dn. Lauterbach / *in ſingul. diſquiſit. d. Cautione rati à Conjunctis præſtari ſolita. th. 6. & ſeqq.* ubi de his omnibus fusè. † Sed non facilè admiſerim, quod aliqui dicunt, omnes agnatos & cognatos uſque ad 10. gradum, ſine mandato ad agendum admitti: * quod ſentit Surdus, *tr. d. Aliment. t. 3. q. 8. num. 10.* Petr. Barboſa, *ad l. 3. n. 10. ff. ſolut. matrimon.* † quia enim cognatorum, qui ſunt ultra fratres, *in d. l. 35.* nulla fit mentio; ideo jus hoc ſingulare non ultra eſt extendendum. * Dn. D. Lauterbach / *dict. diſquiſit. th. 13.* ubi tamen addit: In foro Saxonico ad tertium uſque gradum (incluſivè hôc ſumtô) & de jure Wurtembergico, uſque ad quartum, computatione ſecundum jus civile factâ, transverſæ lineæ cognatos admitti. † Ut & eodem gradu adfines admittendos cenſerem, quo cognatos; nempè ſoceros, generos, vitricos, ſororios, ut rectè adnotavit Hilliger, *ad Donell. 18. cap. 12.* * Adeatur Dn. Lauterbach / *citat. loc. th. 16. 17. & 18.* † Quamvis vulgò uſque ad 4. gradum incluſivè admittantur tranſverſales. Magon. *deciſ. Luc. 6. num. 14.* * quod & placet Marantæ. *p. 6. m. 8. num. 15.* Gloſſæ, *ad l. cum alienam. C. d. legat.* weſembec. *tit. Cod. d. ſatiſdat. n. 9.* ſed itidem rejicitur à Dn. Lauterbach / *d. theſ. 13.* † Conjunctos hoſce tacitum mandatum habere cenſetur, ut rectè ſcribit Ant. Faber, *ad l. 35. §. 1. & ad l. 40. §. ult. h. tit. noſtr.* Non mandatum habent à lege; quia lex tantùm agere permittit, non mandat. Nec veri ſunt procuratores: ideoque, ubi ſpeciale requiritur mandatum, illi non admittuntur. Ummius, *diſputat. 3. n. 32.* * Vid. *ſæpiùs allegat. diſquiſ. theſ. 27.* † quamvis de Calumnia jurare queant, poſt Alexandr. Magonius, *deciſ. Lucenſ. 6. num. 19.* * quod improbat Honoratiſs. m. Evergeta & Præc. Dn. D. Crave, *in diſput. de iureiur. propt. calumn. cap. 3. §. 16.* ita, ut nec maritus, uxorio nomine agens, abſque ſpeciali mandato, ad hoc admittatur; uti etiam Anno 1621. 21. Aug. in ſupremo Wurtembergiæ dica-

dicaſterio judicatum. de quo Vid. *ibid.* † Non verò hic exigimus, an Domini habeant voluntatem; Sed ſufficit, ſi contraria voluntas non probetur. Joſ. Ludovic. *deciſ. Lucenſ. 43. n. 14.* Hincque mandatum expreſſum tacitum ceſſare facit. Nec admittitur perſona conjuncta, ſi conſtitutus fuit Procurator. Magonius, *dict. loc. num. 11. & 15.* Et quoque de rato cavere tenentur omnes. *l. non ſolum. 39. §. ſi de dote. 3. h. t. n.* An autem quæ de conjunctis hic dicta ſunt perſonis, ad Amicos quoque extendantur; ita ut amicus pro amico ſuo agere poſſit? quæſtio videtur eſſe non inanis. * Affirmantes videre eſt apud Emeric. à Rosbach. *de Proceſſ. cap. 14. num. 14. & ſeqq.* pro quibus fac. *l. nemo. 58. §. 1. de hered. inſtit. l. unic. Cod. ſi per vim vel alio modo.* Diſtinguunt Sichard. *ad l. 12. num. 7.* & Jaſon ad eand. *l. Cod. h. t. de Procurat.* inter levi & maximâ ac ſingulari amicitiâ junctos; ut quodammodo hi, etiam conjunctis perſonis præponderare poſſint. † Recte autem hoc negat, & eos haut admitti ad ſatiſdationem de rato, poſt Angel. Gail. & alios ſentit Treutlerus. *diſput. 9. ff 7. lit. h. vol. 1.* * Carpz. *d. Proc. t. 5. a. 6. num. 52. & ſeqq.* Dn. Franzk. *ad π. h. t. d. procurator. num. 32.* † & etiam opinio eſt communis, uſuque adprobata, ut docet Hilliger. *8. cap. 12. K.* * Matthi. Berlich, *p. 1. concl. 14. n. 4.* Schultz / *d. Proc. c. 12. num. 9.* Ferdinandus Vaſqu. *controv. illuſtr. 23. num. 7.* Andr. Gaill. *1. O. 133. num. 2. & lib. 2. d. Pac. publ. cap. 10. num. 28. verb. item ſicut conjuncta.* ubi illam etiam in Camerâ obſervatam tradit. Dn. D. Lauterbach / *d. theſ. 25.* † Sic & ego olim docui, *tract.* nempe *d. appellat. cap. 5. § 11.* Amicum pro amico, ad appellandum ſine mandato, nec quidem cum cautione, admitti. * (de qua tamen ſpecie aliter ſentit Sigiſm. Scacc. *tr. d. Appellat. q. 5. n. 67.* Dn. Mevius, *p. 1. deciſ. 91. per tot.* †) Non enim in tantum philoſophatur Iureconſultus, ut cum Pythagora, Zenoneque Cittienſi, Amicum, alterum ipſum, dicat: aut cum Salomone, *Proverb. 18. verſ. ult.* Amicum fratre conjunctiorem cenſeat. Iura quia conſtitui oportet in his, quæ accidunt ut plurimum: *l. 3. ſupr. d. Legib.* ex omnibus verò ſeculis, vix tria aut quatuor amicorum verorum paria nominantur. Cicer. *d. Amicit. à pr.* * fac. porrò eleganter *l. tutori. 28. verb.* amici, *junct. verb. ſeq:* nec agendi quid, propter exceptionis obſtaculum, facultatem habere. *Cod. d. negot. geſt.* quam affert Dn. Præc. Lauterbach / *d. diſquiſit. th. 25.* † Sicque firmum non eſt argumentum Iaſonis & aliorum, in

 l. 12.

l. 12. ff. h. & Sichard. *ad l. 12. C. eod.* qui pro contraria opinione, ita argumentantur: Amicitiam interiorem ſanguinis conjunctioni & affinitati præferendam eſſe. Et amicitiæ neceſſitudini, quamvis interdum aliquid tribuat jus noſtrum: *l. 4. C. d. caſtrenſ. pecul.* Decian. *libr. 3. tr. crim. 5. num. 13.* Tiraquell. *de pœn. c. 22. num. 44.* id tamen ad caſus certos, jureque expreſſos reſtringendum, non ultrà eſt extendendum. Paulus quidem IC. in *l. lata. 223. §. 1. d. V. S. Amicos adpellandos eſſe* dicit, *non levi notitiâ conjunctos; ſed quibus fuerint iura cum patrefamilias, honeſtis familiaritatis rationibus, quæſita.* Sed nec ea jura ita latè ſunt interpretanda, ut unus pro altero agere poſſit: maxumè, cùm jus noſtrum, fratri tantùm, ut *ſupra* dictum eſt, hanc tribuat poteſtatem, & jus ſingulare non debeat porrigi ultra caſum expreſſum. *l. 16. d. legib.* Ita & ſocios inter ſe invicem tacitum habere mandatum, Accurſius vult, ad *l. nemo. 68. pro ſoc.* Id tamen probè Trentacinquius reſtringit ad ea, circa quæ expreſsè ſocietas eſt contracta, non quoad alia. *lib. 2. reſol. t. d. procurator. reſol. 8. num. 2.* Verùm ſi patri prohibeatur uſusfructus, non eſt legitimus adminiſtrator filii in bonis illis, ideoque ejus auctoritas, non ſupplet curatoris defectum. Poſt Pariſ. Maſtrill. *deciſ. 82. à pr.* ut & in feudalibus, Maſtrill. *d. l. n. 3.* Schrader, *part. 11 ſect. 17. num. 39.*

19. *Maritus nomine uxoris ad agendum admittitur, etiamſi non ſatiſdet, in Dotalibus & Paraphernalibus bonis. In receptitiis cogitur præſtare cautionem.*

SI maritus agat vel proſequatur litem aliquam nomine uxoris, an & quatenus mandato habeat opus? variè diſputant noſtri Doctores. Eaque de re conſuli poteſt Mynſinger, *cent. 3. obſervat. 53.* Gail. *1. obſerv. 133.* Græveus, *1. Concluſ. 133.* Bronchorſt, *1. miſcell. aſſert. 27.* Hilliger, *ad Donell. 18. cap. 12. lit. I.* Ummius, *diſp. 9. num. 30 f. 394.* Arumæ. *diſput. ad leges præcipuas 5. th. 17.* & ego olim tradidi nonnulla, *in tract. d. appell. cap. 5. §. 10.* Sanè nec hodie recedere à communiore opinione, & non diſtinguere poſſum inter dotalia, Paraphernalia & Receptitia bona. Dotalia quod attinet, dubium non eſſe videtur, quin maritus, non ſolùm abſque mandato; ſed & ſine cautione de rato, agere poſſit: cùm

nempe

nempe dotalium rerum, conſtante matrimonio, Dominus exiſtat; ita ut earum nomine, ipſi, non uxori vindicatio competere dicatur. *l. doce ancillam. 9. C. d. rei vind. l. quoties. 5. l. de his. 11. C. d. iure dot. l. dotis. 7. §. 3. ff. eod.* Inde etiam iis caſibus in judicio exercendis, qui alioqui ſpeciale mandatum requirunt, maritus citra mandatum, pro uxore, ratione rerum dotalium, intercedere poteſt; ut nominatim hoc, poſt alios, Franc. Vivius tradit, *deciſ. Neapol. 518. num. 16.* cùm quippe ſuper proprio jure agat, ubi nec generali, nec ſpeciali mandato eſt opus: quia nemo rei ſuæ procurator eſſe poteſt. Quare incautè ſcribit Mynſing. *d. obſ. 53. n. 3.* Si in illis recipiat mandatum maritus, amplius non poſſe eum ſine mandato agere. Ut & Trentac. in eundem ferè ſenſum, *lib. 2. t. d. proc. reſ. 5. n. 10.* ait: Non cavere maritum pro dotalibus, ſi ſuo; cavere, ſi uxoris nomine experiatur: Nam certè uxoris nomine de his agere nequit; cùm, ut dixi, earum rerum, maximè quoad actiones movendas, dominus exiſtat: & ſic illarum rerum intuitu, procurator eſſe non poſſit. Quòd autem etiam invitâ uxore, propter ſuum intereſſe agere queat, vid Pfeil. *conſ. 125. n 1.* * Conſent. Nobiliſſ. Dn. Lauterbach/ *in diſquiſ. de Caut. Rat. à Coniunct. praſt. theſ. 15.* B. Dn. Joachim VVibelius, *de Contr. mulier. cap. 3. §. 8. num. 76.* † Paraphernalia bona vocamus, quæ uxor, præter dotem, ducit ſecum ad maritum. *l. 8. C. de pactis convent. l. ſi ego. 9. §. dotis. infra, de iur. dot.* Quæ bona ferè mulieri tùm relinquuntur, cùm maritus tenuior eſt, quàm ut pro omnibus mulieris bonis, dotalitium ei conſtituere poſſit, vel etiam velit. VVeſembec. *in parat. de iur. dot. num. 11.* Eorumque curam & adminiſtrationem cùm marito concedat, ideò ſine mandato, tanquam legitimus uxoris procurator, etiamſi non offerat cautionem de rato, in iis admittitur maritus. * Dn. Autor, *ad 7. Prov. VVürt. d. 1. th. 37.* Dn. Franzk. *ad π. h. n. tit. de procurat. num. 30.* † Ita enim reſcribit Imper. Juſtinianus *in l. ult. C. de pact. convent. tam ſuper dote &c. Si mulier marito ſuo, nomina, id eſt, fœneratitias cautiones, quæ extra dotem ſunt, dederit, ut loco Paraphernorum apud maritum maneant, & hoc dotali inſtrumento fuerit adſcriptum, &c. Sancimus, ſi quid tale evenerit, actiones quidem omninò apud uxorem manere, licentiam a. marito dari, eaſdem actiones movere apud competentes iudices, nullâ ratihabitione ab eo exigenda.* Et generale eſt, non exigi rati cautionem ab iis, qui, ex commiſſione,

aliena

aliena bona adminiſtrant; quales ſunt procuratores cum libera, tutores, curatores, &c. * Concord. Bachovius *ad Treutl.volum.1. diſp.9. theſ.7. lit.F.* Andr. Gail. *1. obſerv.133.* Dn.D.Lauterbach *alleg. theſ.13.* Mynſing. *centur.3. obſ.53. numer.4.* Bocer, *claſſ.6. D.6. theſ.49.* Adrian. Gylmann. *ſymphor. ſuppl. Camer. Imperial. tom.4. vol.26. num.3.* Dn. VVibel. *cit.§. num.77.*† Receptitia bona indigitantur, quorum uſum & fruitionem uxor marito neutiquam committit, ſed ipſi ſibi utenda fruenda reſervavit; ac proinde nec dominium, nec poſſeſſionem marito conceſſit. Etenim τὸ recipere, inter alios ſignificatus, Jureconſultis & melioris notæ auctoribus, ſignificat in tradendo, vendendo, promittendo, aliquid exceptum facere, ſibique reſervare. *l.proprium.5. ff. com. pradior. l.qui quatuor. §.ſi fundum. ff. de legat.3.* Agellius, *noct. Att.17. cap.6.* Et nihilominus in hiſce bonis, maritus, tanquam maximè conjuncta perſona, ſine mandato; dummodo caveat de rato, agere, litemque proſequi, & à ſententia judicis primæ inſtantiæ ad ſuperiorem adpellare poteſt, *l. maritus. 21. Cod. h.t. d. procurat.* ubi ita reſcribit Imper. Conſtantinus: *Maritus, citra mandatum, in rebus uxoris, cum ſolemni ſatisdatione, & aliâ obſervatione, intercedendi liberam habeat facultatem. Sin autem mandatum ſuſceperit, id ſolùm exequi debet, quod Procuratio emiſſa præſcripſerit:* quò pertinet & *l.2. Cod. eod. tit.* * confer. Dn. Hahn. ad *VVeſembec. tit. de tutel. num.5. verſ. & marito cura uxoris.*† Hic primò nobis contra Giphanium eſt pugnandum, qui ad *d.l.21.C. h. num.4. & ſeqq.* Receptitia, non alia eſſe vult à paraphernis, nec rectè tria bonorum uxoris genera ſtatui putat. Sed & Cujac. *ad tit. fragm. Ulp.* diverſa cenſet paraphernа, quæ extra dotem ad virum delata, & receptitia quæ non ſunt delata. Nec Agell. *d. loco,* Giphanio ſuffragatur. Non docet ille, omnia bona, quæ præter dotem mulieris ſunt, receptitia eſſe; ſed id tantùm evincit, quòd receptitia ſint, quæ mulier ſibi retinuit, quando marito dotem dabat; quod omnes Dd. agnoſcunt. Quod ſi verò poſtea illa recepta & retenta bona, non quidem in dotem, ſed alio reſpectu tradat marito; ea præter dotem data eſſe, & proinde Paraphernalia fieri, haudquaquam Agellius negat. Sunt porrò nonnulli, qui autumant, etiam in Paraphernalibus cautionem neceſſariam eſſe, moti generalitate *d. l. maritus. Cod. de procurator.* eamque ad anguſtias bonorum receptitiorum cogi non poſſe cen-

ſent.

ſent. Et *l. ult. C. de pact. convent.* vel de ſpeciali caſu, non de omnibus paraphernis loqui, vel eam tùm demùm procedere putant, cùm mulier marito inſtrumenta ad litem pertinentia dedit; quâ in opinione hæret Græveus, *dict. concluſ. 153. num. 9.* Ciphan. Hilliger, Arumæus, *ſupr. alleg. locis.* * addat. Hunnius, *l. 4. p. 5. tract. quæſt. 10. p. 1318.* Cunradus Rittershuſ. *ad §. fin. J. de his, p. q. a. poſſ.* † Præterquam enim, quòd, ſi inſtrumentum habeat, etiam ſine mandato & cautione in receptitiis agere poſſe videatur; Meichſner, *4. deciſ. 36. à princ.* ad hujus opinionis refutationem, præter ea, quæ doctè Ilico Ummius adduxit, *ſub dict. num. 30 fol. 395. & ſeq.* etiam hæc notari queunt. Hoc quidem haud eſt negandum, agere *dict. l. ult. Cod. de pact. convent.* de ſpeciali quodam caſu: ad ſingularem enim tùm propoſitam quæſtionem reſpondet inibi Imperator, quemadmodum omnes ferè Codicis noſtri leges, non generales & pragmaticæ ſanctiones, ſed reſcripta ſunt, certis perſonis de certis rebus data. In hac ergo lege nomina quidem, id eſt, fœneratitias cautiones, extra dotem, mulier dedit marito; Sed rationem decidendi non ibi ſumit Imperator ex eo, quòd inſtrumenta ſeu cautiones mulier marito dedit, vel quòd pecuniam fœnebrem, ſeu nomina, non alia paraphernalia bona marito uxor, præter dotem, tradidit: verùm Imp. ſe fundat in eo, quòd nomina illa jure paraphernorum, & ut loco paraphernorũ apud maritum maneant, à muliere ei data fuerunt. Et nemo diligentiùs illam legem inſpiciens poterit negare, ibi ita reſpondere Imp. non quòd nomina fuerint vel cautiones traditæ marito; ſed, quòd ut apapherna marito conceſſa fuerunt, hocque dotali inſtrumento adſcriptum fuit. Et etiam ſanctio Imperatoris eſt generalior ipſo caſu; ita namque dicit: *Sancimus itaque, ſi quid tale evenerit,* id eſt, ſi marito ultra dotem aliquid dedit, ut maneat apud eum loco paraphernorum. Cùm itaque hæc lex generaliter de omnibus paraphernis ſit intelligenda, quòd nimirum abſque cautione, eorum nomine, maritus agere poſſit; exinde neceſſariò conſequi videtur, *legem. 21. Cod h. t.* quæ nempe marito, citra mandatum in rebus uxoris agenti, ſolennem ſatiſdationem injungit, de aliis bonis, receptitiis nempe, intelligendam eſſe; niſi manifeſtam legum repugnantiam concedere velimus. ** Quicquid a. de eo ſit, hodie noſtris moribus præmiſſa differentia inter bona dotalia, paraphernalia & receptitia, quoad onus de rato cavendi,

quibuſdam in locis planè eſt abolita; & maritus indiſtinctè cavere tenetur. Unde generaliter Sanctiô würtembergica Municipalis marito pro uxore in judicio agenti, nullô habitô bonorum diſcrimine, hanc cavendi neceſſitatem imponit ac dictat. *p. 1. tit. 16.* §. ein Ehemann. *junct. §. proximè ſubſeq.* ubi Dn. Autor, *th. 38.* cui & adſtipulantur cœteri omnes Juris Prov. w. Interpretes, Dn. D. Lauterbach/ *ad d. §* ein Ehmann. Dn. wibel, b. m. *alleg. §. 8. n. 80.* ubi de quotidiana Praxi teſtatur. Idemque obtinere in foro quoque Saxonico, ſuppeditat Conſt. Elector. *15. part. 2.* §. derwegen. *verſ.* Wie denn auch die Ehemäñer/ wann ſie ihrer Eheweiber halben klagen/ oder dieſelbige vertretten/ ihre Perſohnen durch Vollmacht oder *Cantion de rato* dißfalls *legitimi*ren ſollen. Ordin. Proc. Judic. *tit. 7. §.* wir laſſen aber. *verſ.* und der Mann wegen ſeines Ehweibes. & *tit. 8. ſeq. in fin. verb:* oder zum wenigſten *cautionem rati, &c.* Rauchbar, *p. 1. q. 2. num. 46.* Dan. Moller, *l. 1. ſemeſtr. 18. n. 9.* weſembec. *h. t. d. Procur. n. 4. verſ. quanquam pro coniugatis.* idque tota itidem die ſic practicari, & Scabb. Lipſienſ. *menſ. Jul. Anno 1620.* ita pronuntiâſſe tradit Dn. Carpzov. *J. F. p. 1. c. 1. d. 31.* ibi: zugleich auch Hanß Feyereiſen/ wegen ſeines Eheweibs/ ein richtiges *curatorium* vorzulegen oder *de rato* zu caviren ſchuldig/ *&c.* Idem *in Proceſ. tit. 5. artic. 6. num. 30. & ſeqq.* Dn. Præcept. Lauterbach/ *d. caut. Rat. à. c. pr. th. 15.* non obſtante, quòd utroque in foro maritus ſuæ conjugis curator ſit legitimus. Vid. Carpz. *d. artic. 6. n. 34 & ſeqq.* unde nec in hiſce locis attendi videtur, quod aliàs dici ſolet: à marito non exigi cautionem, ſi offerat inſtrumenta ſibi locô bonorum paraphernalium ab uxore tradita, juxta *l. fin. C. d. pact. convent.* B. Dn. VVibel. Dn. D. Lauterbach/ *citat. in locc.* † Cùm verò à viris defendi uxores, non viros ab uxoribus æquum ſit: *l. 2. in f. ad SC. Velleian.* Uxor proindè non poterit agere pro marito *l. 4. C. h.* * ubi Baldus: *Paria ſunt*, inquit, *an mulier pro marito intervenerit an nemo.* † *§. patitur. 2. Inſt. d. iniur.* fac. *l. 2. infr. d. Reg. iur.* * *l. neq; fœmina. 54 ff. h. t. d. Procur. l. 18.* ubi ita Augg: *Alienam ſuſcipere defenſionem, virile eſt officium, & ultra ſexum muliebrem eſſe conſtat. Cod. eod.* † Attamen pro libertate mariti, agere poteſt uxor. *l. amplius. 3. §. 2. d. liber. cauſ.* Qui textus, etſi loquatur de uxore, maritum vindicare ex ſervitute in ſtatum Libertatis volente; tamen rectè extenditur, ex rationis identitate, ad mulierem, quæ ab incarceratione virum liberare intendit. Gail. *1. obſer. 133. num. 9. & ſeqq.* * ubi teſtatur de uſu Camerali. † VVeſemb.

conſ.

conſ. 112. quæſt. 2. * Dn. Brunnemann. *add. l. 3. d. lib. cauſ. in f.* † & dixi ego *tr. d. adpell. c. 5. ſub d. §. 10.* Nihil enim multum à ſpecie ſervientium differre videntur, quibus facultas non datur recedendi. *l. 2. d. lib. hom. exh. l. Titio. 71. §. 2. d. cond. & demonſtr.* Et licet mulier, etiam ratione injuriæ, quæ fit Marito, agere non poſſit; *d. §. patitur. 2. Inſt. d. injur.* incarceratio autem indebitè facta injuria videatur: Licet quoque uxor abſentem maritum defendere non queat: *d. l. 4. C. h.* etiamſi cauſa defenſionis privilegiata cenſeatur; Hæc tamen omnia mulieri tùm demùm prohibentur, ſi cauſam integram ſuſcipere; non ſi aliquem judicii actum, ne pereat inſtantia, vel maritus ne condemnetur, efficere velit. Et quoq; incarceratio injuſta mariti pertinet ad injuriam uxoris, cui ſcil. ea ſubtrahit maritum. Non a. dubium eſt, quin ſuam injuriam mulier proſequi poſſit, *l. 1. §. ſecundo loco. 5. ſupr. d poſtuland. l. 4. & 5. C. d. his qui accuſare.* ut & ea non prohibetur Procuratrix eſſe alieni negotii in rem ſuam. *l. 4. C. h.* ** Unde etiam, cùm uxor adverſus ſententiam, quâ mariti appellatio deſerta pronuntiabatur, abſente maritô, tùm ob ejus abſentiam, tùm ob alias cauſas reſtitutionem in integrum peteret, eam jure meritoque admiſſam fuiſſe, ex his & ſimilib. æquiſſimis argum. firmat Dn. Mevius, *p. 4. deciſ. 329.* Eadem ratione uxorem admitti ad appellandum in cauſa mariti, arg. *l. 1. §. 1. d. appellat. recipiend.* admitti ad excuſandam abſentiam mariti, ne videlicet adverſus abſentem & indefenſum quidquam ſtatuatur; admitti, ubicunque in mora eſt periculum, arg. *l. 5 §. 12. d. N.O.N.* v. c. ſi res mariti arreſtandæ, ſequeſtrandæ vel diſtrahendæ, &c. decidit iterum celeberrimus Mevius, *p. 4. deciſ. 390.* & Dn. Brunnemann. *add. l. 1. n. 2. d. appell. rec.* †

Quomodo autem in loco ſtatuti, ubi mulier in perpetua tutela, & ubi maritus ejus legitimus eſt curator (ut in Saxonico & VVürtembergico foro) uxor debeat litem ſuam demandare marito, quo is à ſatiſdationis onere conſequatur immunitatem? quæri poteſt. Et quamvis nonnulli putent, uxori priùs à magiſtratu dandum eſſe Curatorem, ut deinceps, hujus authoritate & interventu, lis ab uxore marito demandetur; Rectè tamen arbitratur Rauchbar, *1. quæſt. 2. ad fin.* ſatis hîc eſſe, ſi mulier per ſe, coram judice, marito cauſam committat, propter Judiciorum vigorem & poteſtatem. * *l. ult. in fin. Cod. d. appellat. l. 4. C. quor. appell. non recip. l. ſingulorum. 8. C. d. ædific. privat.* * Accedit Rauchbaro

bahro Anton. Heringius, *tract. d. fideiuſſoribus, cap. 18. num. 57.* & Lipſienſes Dnn. Scabb. ita pronuntiaſſe uterque atteſtatur. Simile præjudicium Facultat. Jurid. VVittebergenſ. d. Anno 1616. refert Berlichius, *p. 2. concluſ. 17. num. 51.* Verùm, hacce ſententiâ omninò reprobatâ, priorem ſanè nervosè propugnat, & præfert quoque Bened. Carpzov. *Jur. For. p. 1. c. 1. defin. 32.* ſecutus Moller. *ad Conſt. Elector. 16. num. 62. & ſeqq.* & *1. ſemeſtr. 18.* ubi vid. rationes & recentius præjudicium Scabb. Lipſienſ. d. Anno 1620. quam etiam Tutiorem deprædicat B. Dn. Joachim VVibellus, *tract. d. contract. mulier. cap. 3. §. 8. num. 53.*† Non tamen maritus, ubi mulieris legitimus eſt Curator; vel ſi quis alius mulierum conſtituatur Curator. Kriegeriſcher Vormundt / abſque ſpeciali mulieris mandato, defert Iuramentum. Rauchbar. *1. q. 8. num. 4.* &c. * Dn. Carpzov. *J. For. p. 1. c. 12. defin. 38. num. 4.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. D. 21. theſ. 11. lit. f.* Dn. VVibel, *d. Contr. mulier. c. 3. §. 8. n. 194.*† Non ſunt enim, niſi Curatores in litem: nec, ut reliqui Curatores aut Tutores, univerſorum bonorum adminiſtratores; ſed adminiſtratio remanet penes mulierem, etiamſi vidua exiſtat. Moller, *ſemeſtr. 2. cap. 1. num. 3.* * Dn. Autor, *in Theſaur. Pract. voc.* Kriegiſcher Vormund.† Ut proindè Curatores honorarii adpellari poſſe quodammodo videantur, exemplô Tutorum honorariorum, qui honoris, non adminiſtrationis cauſâ conſtituuntur. *l. iure noſtro. 26. §. honoris. d. Teſt. Tut. l. ſi plures. 3. §. cæteri. d. adminiſtr. & peric. Tutor. l. ſi quis tutor. 60. §. quid ergò. 2. de ritu nuptiar.* * Dn. Wibel. *cit. loc. num. 195.* * Vid. Carpz. *J. For. p. 2. c. 15. defin. 33.* ubi multa elegantia de his curatoribus.†

20. *In Publicis Judiciis, ad accuſandum vel defendendum, Procurator intervenire nequit: niſi in caſu, ubi abſens damnari poteſt, aut ad allegandas abſentiæ cauſas.*

PRocuratorem recipiunt cauſæ & actiones pecuniariæ omnes. *l. 26. C. h. t.* * tàm reales, quàm perſonales. *§. 2. ibi: ſive quis in rem actione conventur, ſive perſonali. Inſt. d. ſatiſdation.* petitoriæ & poſſeſſoriæ. *l. non ſolùm. 39. princ.* ibi: *& interdictis. l. Pomponius. 40. princ. l. ad legatum. 62. ff. h. t.* ſive ordinariæ, ſive perſecutiones ſint extraordinariæ, ut v. gr. reſtitutio in integrum ob ætatem

tatem. *l. illud. 25. §. 1. & leg. ſeq. ff. d. minor.* præſentes & futuræ. *l. item. 3. n. h. tit.* conſulat. Colleg. Argentorat. *hîc. theſ. 28.* † Et ex ab utraque litigantium parte, per Procuratores exerceri queunt. *l. 2. l. f. C. d. t.* Donell. *18. com. 10.* Nec hîc excludimus cauſas populares; modò in iis de privato actoris damno agatur: *l. licet. 42. ff. h.* * h.e. ut ita de publico quis agat, ut ſimul etiam privatum ſui ipſius commodum defendat: quo reſpectu talis actio popularis naturam ſapit privatæ actionis. Bachov. *ad VVeſembec. hîc n. 5.* Caſpar. Manz. *ad eund. h. t. n. 135.* quod in *d. l. 42.* nec non in *ſeq. 45.* exemplis actionum de via publica & violati ſepulchri eleganter illuſtratur. Dn. Brunnemann, *ad d. l. 42. n. 2.* Dn. Struven, *exerc. ad π. 7. theſ. 31.* † Aliàs actor procuratorem dare nequit; Reus poteſt, *d. l. 42. in pr. & l. 5. infra d. actionib. popul.* Non equidem, quòd cauſa id impediat in actore; ſed quia Procurator non niſi à Domino litis datur; * *per l. 1.* ibi: *mandato Domini. ff. h. t. d. Procurator.* † Popularem verò exercens actionem, nec tamen ſuum proſequens damnum, haud dominus eſt actionis, nec inde locupletior reputatur. *l. pen. d. popular. actionib.* Quod non ita eſt in reo; quippe qui, condemnatus, de ſuo dependit, & ita cauſa ejus ſemper propria exiſtit. * Henric. Bocer. *Claſſ. 6. D. 6. th. 34.* Colleg. Iurid. Argentor. *loc. cit.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. 42. num. 2.* † Utique in Iudiciis famoſis, ſi civile ſit, procuratorem intervenire poſſe puto, cum Bronchorſtio, *1. ἐναντ. 55.* Buſio, *ad l. 42. §. 1. ff. h. & aliis, com.* Id quod manifeſtè exindè probatur: quia alieno nomine, puta procuratorio, poteſt quis ex cauſa famoſa condemnari; *l. furti. 6. §. 1. ſupr. d. his qui not. infam.* ut & in actione injuriarum Paul. IC. admittit procuratorem; *l. 42. §. 1. ff. h. t.* & Ulpian. *in l. 1. verſ. planè. infra, an per al. cauſ. appellationum reddi poſſ.* in pecuniaria cauſa, ex qua ignominia ſequitur, per alium cauſas appellationum reddi poſſe, reſpondet. * Addatur *l. honori. 2. princ. ff. d. obſequ. par. & patron. praſtand.* † Non impedit *l. non ſolùm. 39. §. final. h. tit.* ubi reſpondet Ulpianus: *non facile quem ſuſpectum per procuratorem accuſari, quoniam fama cauſa eſt, &c.* Non placet hîc reſponſio Bronchorſti, qui diſtinguit; an ad pœnam corporalem, vel ad remotionem agatur, &c. Magis congrua eſt ſolutio, quæ ſumitur ex ipſo textu; ibi: *niſi conſtet ei à tutore mandatum nominatim.* Ex quibus apparet, ipſam hanc legem ſententiam noſtram roborare: nempè procuratorem & hoc in ca-

ſu admitti, ſpeciale mandatum habentem: non verò facilè, tanquam in gravi famoſaque cauſa, ſufficere generale mandatum vel præſumptum. Sanè Imperatores, *in l. 26. inf. C. h.* reſcribunt: *quoſdam, iuſtiores nonnunquam ob cauſas vehementiores, maxumi Judicis auctoritate vocari poſſe, ut præſentes ſe ſiſtant*; quod tamen de Iudice maxumo, hoc eſt, Imperatore, non aliis intelligi velim, argum. traditor. à Phil. Berterio, *πιθαν. 7.* ** Sed &, quæ dicta ſunt de actione injuriarum, reſtringi debere ad æſtimatoriam & alia ex hoc capite civilia remedia, eluceſcit ex ſeqq. Si namque criminaliter, ob injuriam, agatur, quia pœna tunc arbitraria eſt, quæ nonnunquam etiam ad Relegationem vel pœnam corporis afflictivam; imò &, ob injuriæ atrocitatem, ad ultimum ſupplicium extendi poteſt, procurator (niſi partes ſint illuſtres. *l. fin. C. d. iniur.*) haud quaquam admittitur jure civili. V. Dn. Carpzov. *in Prax. crimin. p. 2. q. 95.* Noſtris verò moribus, quid hîc obtineat tùm ex parte actoris, tùm etiam Rei, docet idem *ibid.* †

Criminales quod attinet cauſas, an & quatenus eæ recipiant procurationem? variè à variis diſceptatur. Eaque de re, præter alios conſuli queunt Donell. *18. com. 10.* ibique latiſſimè Hilliger. *lit. E. &c.* Dn. D. Harpprecht, *ad pr. Inſtit. per quos agere poſſumus. num. 32.* Paul. Buſius, *ad l. 33. §. publicè. 2. ff. h.* Umm. *diſp. ad proceſſ. 3. th. 5.* Lyclama, *2. libr. membran. eclog. 11.* Bronchorſt, *1. ἐναντ. 50.* Pacius, *2. ἐναντιοφ. 40.* ſuccinctè & doctè Rauchbar, *1. quæſt. 7. à princip.* Parladorius, *1. rer. quotid. cap. 20.* qui omnes, alios quàm plures allegant. Ego breviter rem ſic ſeſe habere puto. Regula ſit: In publicis judiciis, ad accuſandum vel defendendum, procuratorem intervenire non poſſe. Probatur hæc enunciatio claro textu *l. pen. §. 1. infra, de publicis Judic.* ubi ita reſpondet Papinianus: *Ad crimen Judicii publici perſequendum fruſtra procurator intervenit; multòque magis ad defendendum.* Intervenire autem eſt, pro alio in judicio conſiſtere. *l. 11. § agere. 2. de iniur. l. 5. §. nunc. 3. ff. iudicatum ſolvi. l. 10. in fin. de in ius voc.* * Similiter & Ulpianus *in l. quæri. 1. princ.* *Si non ſit*, inquit, *pecuniaria cauſa; ſed capitalis, per procuratorem agi non licet. ff. an per al. cauſ. appell. redd.* & Impp. *in l. de fide. 16.* ibi: *quamvis itaque per procuratorem accuſationem perſequi non potes. Cod. ad l. Cornel. de falſ.* addat. [illegible] *ult. Cod. d. iniur.* † Accuſator ergo crimen, quod reo inten-

Digitized by Google

intendere volet, perſequi ipſus: defendere ſe, per ſe debet reus. Sanè accuſator, quia inſcriptionis vinculum arripere, & ſe ad pœnam talionis adſtringere tenetur; * ex lege tam Canonica, quàm civili; *l. ſi cui. 7. princ. ff. d. accuſation. l. fin. Cod. eod. l. 2. Cod. qui accuſar: non poſſ. can. quiſquis. 2. quæſt. ult.* Bened. Carpzov. *p. 3. q. 105. n. 4. Prax. Crim.* † meritò ipſum præſentem, oportet præſentem accuſare; * ut, ſi fortaſſis ab accuſando deſiſtat aut aliàs in probatione ſuccumbat, condemnari ſe videat in pœnam Scti Turpilliani, vel etiam talionis. *d. l. 7. d. accuſat. l. 1. Cod. ad SC. Turpill. l. 3. §. ult. ff. eod. l. ult. C. d. accuſ.* Dn. Carpz. *cit. n.* † etiamſi potentiorum ſit accuſator vel procurator. *l. tum. 15. C. d. accuſ. l. f. §. adeò. ubi Sen vel. clariſſ.* * Andr. Gail. *1. d. pac. publ. 10. num. 12.* Tiber. Decian. *in Tract. Crim. lib. 3. cap. 36.* Rauchbahr. *lib. 1. q. 7. n. 2.* † Et quoque accuſatores in criminalibus, ſuum negotium non agunt, ſed publicam exequuntur utilitatem: ideo procuratorem dare non poſſunt, ut jam ſupra eſt dictum: * Imò procuratio hîc non ſaltem ceſſat, ſi per modum ordinarium accuſationis; ſed & ſi per modum duntaxat inquiſitionis aut denuntiationis ad ejuſmodi crimen perſequendum procedatur. *c. qualiter. d. accuſ.* Reuſn. *l. 1. Deciſ. 24. n. 37.* Dn. Carpz. *præfat. in loc. n. 5* † Quamvis hodiè ex parte accuſantis, indiſtinctè intervenire Procurator queat; ceſſante talionis pœna, ac ſolenni inſcriptione. Rauchbar. *1. q 7. n. 3.* * add. text. expreſſ. in Ord. Carolin. *artic. 12.* Farinac. *in prax. crim. q. 12. n. 53.* Petr. Theodoric. *in colleg. crimin. diſp. 4. theſ. 4. lit. A.* Dn. Carpzov. *d. Q. 105. num. 6. 7. 8.* Dn. Brunnemann, *ad l. penult. num. 2 ff. d. publ. iudic.* Dn. Struven, *ad π. Ex. 7. theſ. 32.* Hahn *ad VVeſembec. hîc, num. 5.* Diſſent. Bocer, *Claſſ. 6. diſp. 6. th. 38.* † Pro reo, procurator intervenire nequit, * *d. l. penult.* §. 1. ibi: *multoq́ magis ad defendendum. d. publ. iudic.* VVeſembec. *lib. 1. conſil. 43. n. 167.* Matthias Stephani, *in not. ad prædict. artic. 12. O. Car. num. 3. verſ. ex parte accuſati.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. penult. n. 3. d. publ. iud.* Carpz. *d. q. 105. n. 42.* † quippe non oportet judicia eluſoria reddi. *l. ſi Prætor. 75. ff. d. Judic.* Id quod fieret, ſi reo liceret abeſſe, & dare procuratorem: omnes namque fugâ ſibi conſulere, & per alios agere laborarent. * Carpzov. *d. l. num. 42.* † maxumè etiam rei requiri præſentiam videtur; ut judex animadvertere poſſit, quo colore, quo vultu, qua animi conſtantia, aut trepidatione factum neget. * *l. 1. l. 2. Cod. d. cuſtod. reor.* Carpzov. *ibid. num.*

Digitized by Google

num. 44. † Arumæ. *1. deciſ. 7. n. 12. &c.* ubi *num. 15.* dicit: etiam in civilib. cauſis, judicem jubere poſſe, ut compareat ipſe principalis. * Adde quòd & ipſius rei vel maximè interſit, eum potiùs ipſummet, per ſollicitam ſui defenſionem, imminens capitis periculum à ſe avertere omnique ſtudio ſuam cauſam propugnare, quàm ut alteriùs hîc operâ utatur; de quo Dn. Carpzovius, *citat. loc.* ubi plures pro hac ſententia rationes adducit. ** Et hæc doctrina non ſaltem procedit in proceſſu ordinario; ſed & in inquiſitorio, monſtrante Carpzov. *alleg. in loc. num. 51.* ita ut ne quidem pro reo incarcerato, procurator in inquiſitione admittatur; ſed ipſe ex vinculis reſpondere teneatur. Idem *ibidem. numer. 54.* ubi ita Domini Scabini Lipſienſes: Ob nun wohl an ſtatt deß *Inquiſiti* ein *procurator* ſich angeben / ſo die Antwort im Nahmen deß Gefangenen thun wollen; So iſt doch derſelbe in dieſer peinlichen Sache nicht zuläßlich; ſondern es wird *inquiſit* auß dem Gefängnus gerichtlich vorgeſtellt / und die Antwort auf die abgefaßte *inquiſitional*-Articul perſöhnlichen zu thun billich angehalten. V. R. W. † Non impedit *l. 3. C. de accuſat. & inſcription.* ubi ita reſcribit Imperator Alexander: *Reos capitalium criminum abſentes, etiam per procuratorem defendi, leges publicorum judiciorum permittunt;* * quo in loco Accurſius dicit: *Etiam ad ſententiam uſque Reum defendi poſſe & debere:* cùm, ut idem Imperator aliàs reſcripſit, multò juſtius ſit, hujuſmodi defenſorem audire, quàm abſentem aliquem, quaſi contumacem & indefenſum, condemnatione afficere. *l. exigendi. 12. C. de procurator.* † Hoc enim ſic exaudiendum eſſe videtur, ne in Civilibus cauſis, præjudicare abſentibus intelligeremus, quòd capitalium criminum ſunt rei; quò minus per procuratorem abſentes defendi poſſint, ut Lyclama ferè ſingulariter notat, *dict. eclog. 11.* Hoc eſt, cùm reus criminis abſens, in civili cauſa convenitur, nihilominus inibi per procuratorem defendi poteſt. Etenim Juris diſpoſitio quæque de terminis habilibus eſt intelligenda. Itaque hæc *lex 3. junctâ d. l. pen. infra, de publicis Judic.* alium ſenſum habere nequit, quàm publicorum judiciorum leges arcere quidem procuratorum interventionem, ſed tantùm in publicis judiciis; permittere verò, reum abſentem & latitantem, in aliis cauſis, ubi procurator intervenire poteſt, à procuratore defendi; * Aliter tn. *ad d. l.* reſpondet Carpz. *ſæped. q. 105.* ubi ſimul quoque alia plura ſtringentiſſima argumenta pro

ra pro contraria ſententia reſolvit ac diluit. † Interim cum eodem Lyclama, Angel. item *add. l. pen. §. fin. d. publ. Judic.* ac Menoch. *arbitr. q. 80.* aliiſque ſtatuere non poſſum: in criminibus publicis, procuratorem indiſtinctè repelli. Refragatur enim *l. 1. verſ. ſed & .ff. an per al. cauſ. appell. reddi poſſ.* ubi ita reſpondet Ulpianus: *Sed & ſi ea cauſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna uſq; ad relegationem, non oportet per alium cauſas agi; ſed ipſum adeſſe auditorio debere ſciendum eſt.* Ex quo rectè communiter ferè colligi puto: in criminibus quoque publicis, quorum pœna non ad relegationem uſque ſeſe extendit, procuratorem rei (non actoris, per rationem ſupra deductam: quia nimirum accuſator haut dominus eſt actionis) admitti. * Conſ. poſt Clar. Andre. Rauchbahr. Matth. Weſembec. Nicol. Reuſner. Dn. Carpzov. *alleg. q. 105. n. 77.* ubi vid. G. A. Struvius, *dict. exerc. th. 33.* † Solùm hic dubitatur, an vocula *in d. l. 1.* (uſque ad relegationem) incluſivè, vel excluſivè ſit interpretanda? Ego non dubito, procurationi locum non eſſe, quoties crimen adficitur pœna relegationis, & ita incluſivè ſumi; quod etiam fit in *l. fin. ſ. d. Senator. & l. 1. §. 12. verb. licita. d. extraor. cognit.* idque late docet Buſius, *ad d. l. 33. num. 14. ff. h.* Lyclama, *membr. 5. eclog. 18.* Fachinæus, *1. controv. 26.* * Hilliger. *ad Donell. l. 18. c. 10. lit. E. p. 336.* Dn. Brunnemann, *ad l. 1. an per alium cauſ. appell. redd. poſſ.* Henric. Hahn, *ad Weſemb. h. n. tit. n. 5.* Struven, *alleg. loc.* Bocer. *cit. theſ. 38.* † Quò confert *tex. in l. Miles. 11. §. 2. d. adulter.* ubi dicit Papinianus: *Ea, quæ inter reas adulterii recepta eſſet, abſens defendi non poteſt.* Adulterii autem pœna, tempore Papiniani, non mortis, ſed plerunque relegationis fuit, ut Briſſon. *libr. ſing. de Adulter.* docet; & ego non uno loco. Ideò, ſi crimen pecuniaria pœna veniat vindicandum, Procurator poterit intervenire: quia pecuniaria levior eſt qualibet pœna corporis afflictiva. *l. 10. in f. d. pœn.* Fachin. *1. c. 25.* Ummius, *d. diſp. 5. ſub n. 28. & 29.* Poſſet quidem etiam pœna relegationis executioni adverſus abſentes mandari, ſicq; judicia non eluſoria redderentur; ſed tn. pars pœnæ eſt, aliquem coram adeſſe, & audire ſententiam adverſus eum pronuntiari: quod benignè remiſſum eſt iis, qui non niſi pecuniariam pœnam merentur. Eóque etiam minor eſt pœna pecuniaria, relegatione; quia in criminibus, quorum pecuniæ damnum pœna eſt, accuſator inſcribere non tenetur. *l. levia. 6. infra d. Accuſat. l. 15. C. eod. &* ibi in parat. Weſembec. *n. 5.* Pariter

Tt quoque

Digitized by Google

quoque in criminibus privatis, ubi pœna relegationis, aut majori reus feriendus eſſet, non admittitur Procurator. Et tùm etiam Accuſator ad inſcriptionem tenetur. *l. fin. C. d. iniur. l. ult. d. furt.* Tantùm illuſtribus perſonis eſt conceſſum, ut in crimine injuriarum, criminaliter intentando, procuratorem conſtituere queant, *dict. l. ultim. Cod. de iniur.* Rauchbar. *d. quæſt. 7. num. 25. &c.* ubi hoc fallere dicit, quando non locus eſt, niſi pecuniariæ pœnæ, vigore legis vel ſtatuti. *Diſſentit tamen, quoad pœnam relegationis, Anton. Matthæi, *ad lib. 48. tit. 13. cap. 4. num. 2. & ſeqq.* † De regula ſat ſit jam dictum; nunc exceptio illuſtranda erit, quam conſtituo talem: In publicis Iudiciis admittitur defenſor, ubi abſens damnari poteſt, aut ad allegandas abſentiæ cauſas. Cui firmandæ adduco *l. 33. §. publicè. 2. ff h. tit.* ubi ita reſpondet Ulpianus: *Publicè utile eſt, abſentes à quibuſcunque defendi: nam & in capitalibus Judiciis defenſio datur.* Ubicunque itaque abſens quis damnari poteſt, ibi quemvis, verba pro eo facientem, & innocentiam excuſantem audire æquum eſt, & ordinarium admittere. Sic & Papinianus ait *in l. 10. infra, de Publ. Judic. Inter Accuſatorem & reum, cognitione ſuſceptâ, excuſatio pro abſente, juſtis rationibus admittitur: nec per triduum, per ſingulos dies ter citatus reus damnetur; vel de accuſatoris abſentis, præſente reo, calumnia pronuncietur.* Abſentes quidem nec accuſari, & multò minus condemnari poſſunt, in capitalibus cauſis: Sed tantùm pervenitur ad bonorum adnotationem. *l. abſentem. 5. de pœn. l. 6. Cod. de accuſat. l. 15. Cod. de adulter.* Si tamen cum aliquo judicium eſt inchoatum, quod fit litis conteſtatione, is ſi poſtea cœperit abeſſe, condemnari poteſt, arg. *l. 4. §. 2. infr. ad l. Cornel. de Sicar. l. 13. Cod. ad l. Jul. de Adulter. d. l. inter. 10. infra, de public. Judic.* Aut alioqui fugâ conditionem ſuam meliorem facere poſſet, quod eſt abſurdum. Ne verò contra abſentem hoc in caſu ſtatim pronuncietur, cauſæ abſentiæ à quocunque, etiam fœminâ, minore, &c. allegari poſſunt; Sichard. *ad l. 2. C. h. n. 6.* Farinac. *qu. crim. 99. n. 286.* ut ſententia ſuſpendatur: vel etiam abſentis innocentia defendi poteſt. Abſonum namque eſt, eo in caſu, ubi abſens damnari poteſt, abſentem non defendi poſſe: cùm tamen defenſio adeò favorabilis ſit, ut leges religionem judicantis adſtringant, ad illam decernendam etiam non petenti; & ita per totum mundum ſervari, Magonius dicit. *deciſ. 49. n. 20.* *Addat. Hahn.

Struv.

Struv. Brunnemann. *citt. locc.* Coll. Jurid. Argentorat. *hîc, theſ. 28.* Henric. Bocer, *Claſſ. 6. D. 6. theſ. 39.* Paulò aliter tamen hæc conſiderat, & hanc abſentiæ excuſationē non niſi ante litis conteſtationem per procuratorem fieri poſſe, docet Dn. Carpz. *d. q. 105. n. 64. & plur. ſeq.* † Et tn. hic talis defenſor, ab eo defenſore multum diſtat, qui in civilibus judicatum ſolvi ſatiſdat, & in ſe recipit periculum litis; de quo *ſupra ſuo loco* dixi: quod in Capitalibus fieri nequit, cùm pœnæ ſequantur ſuos auctores. Sed tamen & facultas Juridica Jenenſis apud Arumæ. *deciſ. 7. & deciſ. 9. num. 9.* admiſit patrem etiam pro filio verba facientem, ubi is ſtatim aufugit; cùm ejus maxumè interſit, filium ſuperſtitem habere; ac ita tanquam cauſæ propriæ defenſor admittendus videatur, *l. 2. §. fin. Quand adpelland.* Sed hæc jure Saxonico ita procedunt; ubi etiam abſens condemnatus, banno notatur: Er wird in die Aacht und Verfeſtung erklärt/ auß dem Frieden in Unfrieden geſezt/ ſein Leib und Leben wie eines Vogels in der Lufft/ jedermann gemein gemacht/ und in denſelbigen Gerichten erlaubet/ daß er ohne alle Straff entleibet/ und vom Leben möge zum Tod gebracht werden / und daß ſich niemand an ihme vergreiffen könne. Arumæ. *d. deciſ. 7. num. 50.* Sicque ille admittit indifferenter uxorem, fratres. &c. *d. deciſ. 7. num. 54. &c.* ** Sanè verò, quæ dicta de patre, communiter approbare DDres, ex Baldo, Blanco, Gandino, Menochio, aliisque compluribus tradit Benedict. Carpzov. *cit. q. num. 81.* addens tamen hanc declarationem: Quòd quidem pater abſentis ſui filii innocentiam allegare & probare; at partes & vices filii accuſati in ſe ſuſcipere ac in proceſſu ordinario ad accuſationem reſpondere non poſſit; ſubnexo præjudicio: quod tamen Dn. Hahnio diſplicere videtur, *loco ſupra allegat.* ibi: *Quamvis eorundem ſententiam, &c.* † Num vero pater expenſas, ratione interventionis pro filio factas, refundere cogatur? diſquirit idem *d. deciſ. 9.* & negat. * Porrò dominus etiam ſervum, de quocunque crimine accuſatum per procuratorem defendere poteſt. *l. 2. C. d. accuſat. l. 11. d. public. iudic.* Coll. Jurid. Argentorat. *hîc, theſ. 28.* * Similiter & quoad exceptiones fori declinatorias aut dilatorias ante litem conteſtatam opponendas, in capitalibus etiam cauſis, procuratoribus locum eſſe, v. c. ſi judex ut ſuſpectus recuſetur, ſi exceptio loci non tuti opponatur, tradit poſt Bald. de Marſil. Reuſner. Zanger. Dn. Carpzov. *d. l. num. 69. & ſeq.* * Itemque ſi reus in judicio præſens ſit atque compareat, quòd & tunc procu-

rator, non quidem ad reſpondendum articulis accuſationis vel inquiſitionis; ſed tamen ad jam factam à Reo reſponſionem formaliter in ſcriptis proponendam, objiciendas exceptiones, producendum capitula, reum inſtruendum, defendendum, eundemque conſilio juvandum & ſimilia alia, quæ non tam procuratoris ſunt quàm Advocati, ſit admittendus, nemo dubitat cum ſæpius laud. Carpzovio, *num.72.* * Denique ſi in criminalibus cauſis Procurator intervenerit, adverſa parte nihil contra movente, an judicium ſubſiſtat? examinat Bocer, *Cl.6.D.6.theſ.43.*†

21. *Morbo laborantem, vel alio impedimento neceſſario præpeditum, Procuratorem mittere non cogi.*

SÆpe fieri ſolet, ut ad judicem vocatus, ipſe venire non poſſit, juſtum propter impedimentum; cùm tamen lubens cauſæ ſuæ coram adeſſe velit. Quæritur ergò: *An Procuratorem mittere cogatur, an verò ſufficiat mittere excuſationem, quâ alium terminum aſſignari petat?* quâ de quæſtione conſuluit VVeſembec. *conſil.112. quæſt. 1. volum. 3.* & eam reſolvit Trentacinquius, *lib. 2. tit. de procurat. reſol. 13.* ac obſervationem habet Myn ſing. *4.obſ. 58.* Sanè Actor, quamvis valetudine affectus, tamen procuratorem mittere debet. Ita enim ait Ulpianus *in l. 1. verſ. planè. infra, de diverſ. & temperal. præſcript. Planè qui valetudine impeditur, ut mandare poſſit, experiundi habet poteſtatem.* Ubi vix admittenda videtur correctio Fabri, qui *5. coniect. 18.* particulam ut, pro ne accipit, & ſequentia verba negativè legit: ut experiundi non habeat poteſtatem. Actor enim potuit & debuit præmeditari ſuam cauſam, & inſtructus ad agendum venire: *l. 2. Cod. de dilat. cap. 1. de fide Inſtrum.* cùm habeat in poteſtate, quando utatur jure ſuo. *l. 5. §. fin. de doli exceptione.* Id quod maximè procedit, quando impedimentum contingit ante litem cœptam. arg. *l. 16. §. 1. de legation.* Secus eſt in reo, qui ad judicium trahitur præter ſpem, nec habet poteſtatem, quando conveniatur. Æquum ergò eſt, ſi ipſe citatus venire nequit, ne obſtringatur ad mittendum procuratorem, cùm eum tam ſubitò inſtruere non poſſit. Sed in utroque, tam reo ſcil. quàm actore, is tantùm morbus à mittendo procuratore excuſat, diemque differt, qui indies mutatio-

tationem recipere poteſt; non perpetuus: iniquum etenim eſt, propter ejuſmodi impedimenta perpetua, jus adverſarii opprimi aut perdi. * Henric. Bocer. *claſſ. 6. diſput. 6. theſ. 19.* † Et ex temporalibus, tantùm ille morbus, quem ſonticum vocant, *hoc eſt*, qui cujuſque rei agendæ impedimento eſt, abſentiam excuſat. *l. quæſitum. 60. de re iudic.* Attamen rectè putatur, eum, qui tertianâ laborat, nec iis diebus videri ſanum, quibus acceſſu morbi vacat. *l. qui tertiana. 53. de adil. edict.* Quoque impedimentum juſtum, non modo morbum proprium; ſed & uxoris ac liberorum eſſe, ex Langlæo refert Hilliger. *lib. 23. cap. 9. lit. R.* Porrò omnes hoc concedunt; eum, qui aliàs procuratorem mittere, quamvis impeditus, debet, puta ob voluntarium impedimentum; quale eſt nuptiarum, peregrinationis, * item ultrò ob delictum, ad pœnam evitandam, ſuſcepti exilii † &c. * Bocer. *claſſ. 6. diſp. 6. th. 20.* † eo caſu excuſari, quo idoneum nequit invenire: *l. ſed etſi. 26. §. 1.* ibi: *quia potuit relinquere procuratorem. ff. ex quibus cauſis maior. cum ſimilibus.* Trentacinqu. *d. reſolut. num. 13.* Inſuper, in cauſis arduis, abſentem regulariter mittere procuratorem non teneri, ferè omnes docent, per text. *in cap. querelam. 2.* ubi gloſſ. & Dd. *extra. de procurat.* Iaſon. *in l. 2 §. ſi quis in iudicio. ff. ſi quis caut. verſ. ultim. addo.* & quæ ardua ſit cauſa, docet Roſacorb. *pract. forenſ. cap. 13. num. 9. & ſeq.* Cui tamen enunciationi obſtare videtur *cap. cum olim. 34. extra. de teſtib.* ubi quidam in cauſa liberali, quæ arduis annumeratur, vel ipſe, vel per reſponſalem ut adſit, peremptoriè citatur. Varias conciliationes Trentacinquius refert, *d. reſolut. n. 5.* Ego ſimpliciter dicendum eſſe puto, partes ſemper citari, ut præſentes vel per procuratores adſint; ſed hanc citationem eis non adimere facultatem, opponendi cauſæ gravitatem, propter quam nolint litigare per procuratores: ibi quidem dicitur, reſponſalem eſſe mittendum; ſed generalius eſt vocabulum reſponſalis, quàm procuratoris: poteſt enim reſponſalis abſentem excuſare, ut in Lexico Prateius notat. Et monent noſtri Doctores, ſemper tutius eſſe, aliquo impedimento præpeditum, ſi modo fieri poteſt, excuſationem abſentiæ ad Iudicem mittere, per excuſatorem, ſeu Cauſarium Nuntium, ut eum Budæus in forenſibus vocat. Extat etiam diſputatio forenſis. apud Roſacorb. *cap. 73. an carceratus poſſit citari; & num procuratorem mittere cogatur?* quod affirmo; ſi modò incarceratus ſit

 ex de-

ex delicto: non habitâ diſtinctione, an cauſa ardua exiſtat; modò procuratorem habere, aut is ad eum acceſſum habere queat. * Conſent. poſt Mynſinger. *4. obſerv. 58.* Dn. Struvius, *Exerc. ad π. 5. th. 9. in fin.* vid. tamen B. Dn. Iohann. Brunnemannum, *ad l. ſuccurritur. 9. ff. ex quibus cauſis maior.* † * * An item ille, qui ſtudiorum cauſâ peregrè abeſt, ſi ad patrium citetur judicium, cùm ipſemet ſtudiis ſuis diſtentus comparere non poſſit, procuratorem neceſſariò mittere teneatur? tractat Bocerus, *claſſ. 6. diſp. 6. th. 18.* ubi per *l. 28. princip. ex quibus cauſis maior.* & alios plures textus, affirmantem ſententiam propugnat & tuetur. †

22. *Etiamſi Procurator conſentiat; tamen adversâ parte contradicente, non eſt admittendus novus Procurator, poſt litem conteſtatam: niſi cauſa juſta probetur revocationis & mutationis.*

A Domino, pro lubitu revocatur mandatum, ante litem conteſtatam: *l. 16. ff. h.* mandatum etenim contractum, ſi, dum adhuc integra res ſit, revocatum fuerit, evaneſcit. *§. 9. Inſtit. de mandat.* Gail. *1. obſ. 46.* * Mantic. *de tacit. & ambig. convent. lib. 7. tit. 21. num. 4. 20.* Arnold. Vinnius, *ad §. 9. Inſtit. de mandat.* * ſicut namque in principio, pro libero arbitratu, dominus procuratorem conſtituere poteſt; ita contra eundem pro libera voluntate deſtituit & revocat. Sebaſtian. Vant. *tract. de Nullitat. tit. de nullit. propt. inhabilit. num. 158.* † Idque ajunt locum habere, etiamſi eſſet conſtitutus procurator irrevocabilis; vel in conſtitutione juramentum interveniſſet. Bertazol. *in tract. Clauſul. clauſul. 29. gloſſ. 2. numer. 1.* Hilliger *ad Donell. 18. cap. 17. lit. A.* Magonius, *deciſ. Lucenſ. 25. num. 70.* * Vid. Petr. de Benintend. *deciſ. Rot. Bononienſ. concluſ. 49. per tot.* Jaſon, *conſil. 211. num. 5.* Iohann Petr. de Ferrariis, *in pract. pag. 99. num. 3. in addition. lit. d.* & alii *ibid.* allegg. * ſic tamen, ut dominus, juratum ejuſmodi mandatum revocans, à crimine perjurii non ſit immunis. Gloſſ. *ad cap. ult. in verb. revocatus. h. tit. in 6.* quam ſequitur Alexander, *conſil. 18. columm. fin. lib. 2.* Felin. *in capitul. ex parte Decani. in verb. amplia quintò. de Reſcript.* & alii allegati à Vantio. *cit. loc.* †

At

At verò, ſi poſt litem conteſtatam, procuratorem dominus removere velit, faciendum id eſt, tàm ipſius procuratoris, quàm adverſarii conſenſu. *l. quæ omnia. 25. §. 1. ff. h.* ubi gloſſ. & Dd. VVeſembec. *conſ. 145. tom. 3.* Nam in judiciis, per litis conteſtationem quaſi contrahitur; *l. licet. 3. §. idem. 11. de pecul.* & ita res integra non eſt, nec eum quaſi contractum poteſt dominus & procurator diſſolvere, adverſario invito: cujus quippe intereſſe cenſetur, ne mutetur procurator, & ex eo judicium varietur, variatione perſonarum: nam cum pluribus litigare moleſtum reputatur. * præcipuè, cùm, ſi hoc liceret, in locum probi procuratoris facilè improbus ſubſtitui poſſet. Dn. Brunnemann, *ad l. 17. hîc. num. 1* † Ideoque, ſi vel ipſe procurator contradicit, vel adverſarius ſe opponit; cauſæ requiritur cognitio (propter elegantem à Donell. *18. cap. 17.* adductam rationem) & quidem ſummaria duntaxat, quæ ſine ulla judicii expeditur ſolemnitate. * *l 27. ff. l. 22. Cod. h. tit.* Conſentit Bocer. *claſſ. 6. diſp. 6. th 67.* Dn. Brunnemann. ad *l. 22. Cod. h. tit.* & ad *l. unic. Cod. de ſatiſd.* Dn. Carpzov. *deciſ. 45. th. 37.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſp. 9. th. 10. lit. C.* Mynſing. *reſp. 89. num. 6.* Hilliger, *ad Donell. l. 18. cap. 17.* Iohan. Baptiſt. Aſin. *in prax. iudicior. §. 2. cap. 13 num. 25. & mult. ſeqq.* Proſp. Farinac. *deciſ. Rot. Roman. 353. per tot.* ** Nec obſtat dictis, quòd poſt litem conteſtatam, procurator alium ſubſtituere poſſit. *l. 1. l. 11. l. 23. Cod. h. tit. l. 4. §. fin. de appellat. cap. 1. verſ. licet. de procur. in 6.* Videatur Petr. de Benint. *loco ſupra allegat. num. 5.* Bald. *ad l. quod quis. columm. 2. verſ. ſexto quæritur. Cod. hoc tit.* † Cauſæ autem non tantùm allegandæ; ſed & inſimul ſunt probandæ: nempe inimicitiæ inter dominum & procuratorem exortæ, *l. vel exilio. 21. ff. l. procur. 22. C. h. t.* etiam non capitales; aut, ſi affinis adverſario fiat: mutatio conditionis procuratoris, & quod deſiit eſſe in civitate: Vel ſi impediatur re aliqua neceſſaria procurator, quo minùs commodè adminiſtrare poſſit, puta ſi ætate ſenili, ſi valetudine, aut abſentia longiore, ſi munere publico, aut etiam privatis negotiis occupetur. *l. poſt litem. 17. cum ſeq. ff. h.* Ex cauſa item ſuperveniente, nemo ferè eſt qui neget, Procuratorem revocari poſſe. Et ubicunque dominus juſtè titubat de fide procuratoris, in negotio agendo, eum revocare licet. Magon. *d. deciſ. 25. num. 72.* Suntque caſus, ubi cenſetur procurator revocatus ipſo jure, etiam abſque expreſſa revocatione; puta cùm

is ad-

is adverſus dominum inſidias excogitavit, &c. Joſ. Ludov. *deciſ. 44. num. 29.* Aliàs & hoc dicunt: quamvis in Inſtrumento procuratorio, Dominus ſibi mutandi procuratoris poteſtatem reſervarit; tamen hoc non aliter, niſi juxta leges poſſe, ſc. vel adverſario & procuratore conſentiente, vel cum cauſæ cognitione. Jus quippe publicum, privatorum pactionibus, immutari non poteſt. *l. 38. d. pact. l. 55. d. legat. 1.* Et aliàs quiſque intelligitur contrahere juxta leges, & contrahentes conformare ſe juri communi cenſentur. Et denique nulla pactione, vel clauſula poteſt Dominus conſtituens procuratorem, jus ſuum adverſario auferre. *l. fin. d. pact.* ** In ſubſtituto procuratore quid, circa hunc articulum, juris obtineat? accuratè exequitur celeberr. Dn. Lauterbach/ *in diſquiſit. de procurat. ſubſtit. cap. 6. §. 5.* ubi vid.†

23. *Quando Procurator de ſuo teneatur?*

REgulariter procuratores de ſuo proprio pati non debent. Pariſ. *conſil. 78. lib. 1.* Et ſolus dominus obligatur, ſi quid nomine ejus faciat procurator. Natta, *conſil. 641. num. 3.* ** Certiſſimi ſiquidem juris eſt, in omnibus negotiis inſpiciendum eſſe, quid actum ſit; *l. 34. de R. Jur. l. 41. de verbor. obligat.* &, ſi illud non appareat, veriſimilibus conjecturis inveſtigandum; ex quibus ſi conſtet, animum obligandi non adfuiſſe, nulla naſcitur obligatio. *l. 3. §. 1. de Oblig. & Act. l. 1. §. 4. de conſtit. pecun.* Cùm itaque procurator non ſuo & proprio; ſed procuratorio ſive adminiſtratorio tantùm nomine promittat vel contrahat; nec adverſarius, ſi aliud ſpecialiter non dicat & expreſsè ſtipuletur, aliter ipſum reſpicere vel obligare ſibi velle cenſeri poſſit. *l. 6. §. 1. de negot. geſt.* Dec. *conſil. 283. num. 10.* ſanè nec poterit ipſe finito officio, ſive ex vero ſive etiam ex quaſi contractu procuratorio nomine inito, efficaciter conveniri; text. expreſſ. *in d. l. 6. §. 1. de neg. geſt.* & per conſequens, nec ſententiæ contra ipſum publicatæ executio in ejus bona ullatenùs decerni. arg. *l. 3. §. 11.* ibi: *Ita judicio contrahi. ff. d. pecul.* junct. *d. l. 6. ff. d. tit.* add. text. in terminis, in *l. 4. princ.* ibi: ſi ſe non obtulit procurator, judicati actio in eum denegabitur. *d. re judicat. l. 27. in fin. l. 28. h. n. tit.* Undè Berlichius, *ubicunq;*, inquit, *fit mentio officii in aliquo inſtrumen-*

ro, tunc is non proprio nomine; ſed ratione officii contraxiſſe & promiſiſſe cenſetur, part. 1. deciſ. 15. num. 6. Et Bartolus, *ad l. fin. ff. de Inſtit. act. contrahens,* ait, *nomine officii appoſito, in dubio contemplatione officii contraxiſſe cenſetur & finito officio non tenetur;* imò & Scævola Jureconſultus, ex nulla alia cauſa Inſtitorem abſolvit, quàm quia ex officio ſcripſit; *d. l. fin. d. inſtitor. act.* quippe quod nemini debet eſſe damnoſum, juxta monitum Pauli, in *l. 7. ff. teſtam. quemadmodum aperiant.* Et cùm ſemper æquum cenſeatur, ad eum pertinere damnum, ad quem ſpectat & commodum. *l. 2. §. 9. d. H. vel A. V.* Regulariter autem (ſermo enim hîc haud dubiè eſt de procuratore in rem alienam) ad procuratorem nullum commodum redundet; ſed quodcunque ille ex adminiſtratione negotii ſibi commiſſi nanciſcitur, id omne ipſe domino reſtituere teneatur. *l. 10, §. 3. ff. mandat. l. 46. §. 4. h. noſtr. tit.* ubi vid. omninò; Nemo utique dixerit, bonæ fidei convenire: Quòd procurator ex alieno debeat damnum accipere. *l. 20. ff. mandat.* ſive, ut Ulpianus inquit, ſub alieni compendii emolumento anceps damnum ſubire. *l. 4. princ. d. in lit. iur.* unde nec ad Evictionem procurator obſtringitur; niſi illam ſpecialiter ſuo nomine promiſerit, vel ſuam pro domino fidem interpoſuerit, de quo text. eſt expr. in *l. procurator. 67. ff. h. t.* Vide Burgund. *d. Evict ion. cap. 32. num. 6. pag. 254.* Dn. Georg. Franzke, *in Commentar. π. tit. d. Evict ion. n. 234.* Addantur argg. *l. 34. verſ. veriſimile. d. negot. geſt. l. 3. princ. d. adminiſtr. Tutor. l. 5. princip. l. 7. ff. quand. ex fact. tutor. l. 26. fere in fin.* ibi: *Invenimus autem generaliter definitum, poſt officium depoſitum, omnes actiones, quas tutor vel curator, ex officii neceſſitate ſubierit, in quondam pupillum vel adultum transferri. Cod. d. adminiſtr. Tutor. l. 1. C. quand. ex fact. tutor. l. 1. §. ult. quod iuſſ. l. 5. §. ult. & l. 6. d. inſtitor. act. l. 15. Cod. d. admin. Tutor.* Marchiſell. *quaſt. 57.* Carpzov. *lib. 4. Reſp. 80. num. 8. & ſeqq.* Johann à Sande, *lib. 3. tit. 7. definit. 1.* ubi addit in fine: *In curia Friſiorum iudicatum eſſe, Heredem procuratoris propterea non rectè conveniri ex eo, quod à def. , ℞o, procuratorie nomine geſtum eſt.* †

Sunt tamen aliqui caſus, in quibus procurator de ſuo teneatur, etiam cùm deſierit eſſe procurator. Joſeph. Ludovic. *deciſ. Lucenſ. 44. à princip.* nempè ſi de ejus dolo vel culpa conſtet. *l. pro-*

curator, qui pro evictione.67. ubi Bartol. *ff. d. procur.* ** Vel, quod huic proximum eſt, ſi terminos mandati ipſe exceſſerit; arg. *l. 43. §. 1. d. admin. & peric. tutor. l. 5. §. 11. l. 11. §. 5. d. inſtit. act. l. 1. §. ult. quod juſſ.* Vide Carpzov. *d. l. 4. Reſponſ. 80. n. 11. & ſeqq.* * Idem eſt, ſi proprio nomine, nulla officii, quod adminiſtrat, mentione factâ, cum aliquo contrahat. Carpzov. *lib. 1. deciſ. 10. num. 9. & 10. & d. Reſp. 80. n. 3.* * Aut in ſpecie ſuam, pro Domino, fidem adſtringat & expreſsè ſemetipſum obliget. *d. l. 67.* ubi notanter Papinianus, *Procurator,* ait, *qui pro evictione prædiorum, quæ vendidit, fidem ſuam adſtrinxit; etſi negotia agere deſierit, obligationis tamen onere, Prætoris auxilio non levabitur: nam procurator, qui pro domino vinculum obligationis ſuſcepit, onus ejus fruſtra recuſat. h. n. 1. d. Proc.* Conf. poſt Menoch. Cavalc. Boër. & alios plures, Dn. Brunn. *ad d. l. 67.* Id quod inter alia, & tunc factum cenſetur, ſi dixerit procurator: Der Herr ſehe auff mich / ich will der Mann ſeyn; ſofern ihn mein Principal nicht bezahlt / ſo will ichs zahlen. *l. 3. §. 2. d. adminiſtr. rer. ad civit. pertinent.* Vel ſi tanquam Fidejuſſor inſtrumento ſubſcribat; argum. *l. ſi non. 15. C. d. adminiſtr. tutor.* Vel ſi in obligatione ſcribatur: Pro me & heredibus meis, für mich und meine Erben. Nicol. Everhard. Junior, *conſil. 6. num. 35. volum. 2.* Matth. Berlich, *part. 1. deciſ. 14. num. 1. & deciſ. 15.* Hartmann. Piſtoris, *obſerv. 20.* Dn. Carpzov. *d. Reſp. 80. num. 4.* modò tamen hæc formula non tàm ex conſuetudine Notariorum, quàm ex mente & deliberato contrahentium animo adjecta probetur. Andr. Gaill. *2. obſ. 27. num. 24* Carpzov. *J. For part. 2. conſt. 19. definit. 6. n. 6. in fin.* ** Denique ſi procurator de ſuo aliquid pro domino ſolvat, illud, tanquam indebitè ſolutum, repetere & contra proprium ſuum factum venire non poteſt; licet dominus ſolvendo eſſe planè deſierit, ita, ut nihil ab ipſo amplius recuperare queat; argum. *l. 6. in fin.* ibi: *nec intereſſe, ſuam pecuniam, an domini, ſolvant. l. 44. d. condict. indeb.* Cujac. in Papin. *lib 3 reſponſ. ad l. 57. eod. illo t.* Quoties n. non debitor, veri debitoris nomine, vero creditori pecuniam ſolvit, indebiti condictio omninò denegatur; arg. *l. 23. ff. l. 16. C. d ſolut. l. 30. d. negot. geſt.* Andr. Cluden, *d condict. indeb. cap. 1. num. 37. & ſeq c. 4. num. 94.* Confer. meritiſs. Dn. Præceptor Lauterbach / in diſquiſit. *d. Procur. ſubſtit. cap. 4. §. 2.* nec non in Commentat. *ad l. 27. d. Reb. credd. cap. 3. §. 20. & pluribus. ſeqq.* †

TIT.

Tit. IV.
QVOD CVIVSQVE VNIVERSITATIS NOMINE, VEL CONTRA EAM AGATUR.

24. *Syndici vel etiam Decuriones Univerſitatis, Civium ſingulorum bona, abſque eorum conſenſu, etiam ex cauſa, obligare non poſſunt.*

UNiverſitas, alia eſt perſonarum, alia rerum. Rerum univerſitas *iterum duplex eſt, vel facti, quæ facto hominis conſtituitur, & plures quidem in ſe res, non verò plura jura complectitur, ut Grex, Armentum, &c. *l. 1. in fin. d. R. V. l. 30. princ. d. uſurpat. & uſucap.* vel Juris; quæ à jure conſtituitur, & non tantùm plures res; ſed & plura jura comprehendit, qualis eſt hereditas & peculium. *l. item. 20. §. non ſolùm. 10. d. petit. heredit.* **l. 1. §. 1. quor. bon. l. 1. princ.* ibi: *aut ad univerſitatem pertinent. infra, d. interdict.* multoq; magis univerſum adhuc viventis patrisfam. patrimonium. *l. 16. princ. ff. ad SCt. Trebellian.* item Dos. *l. cum. 1. §. 4.* ibi: *ſed ad univerſitatem erit referendum. d. dot. præleg.* † & Territorium. *l. 239. §. 8. d. V. S.* Perſonarum univerſitas, *quam Germani eine Gemeind/ Speidel. *in notabil. voc.* Gemeind/ ut & Latini Communitatem vocant *in l. 37. d. iudic. l. 6. §. 2. d. excuſ. tut.* Cardin. Tuſch. *lit. C. concluſ. ult.* Autor *in Synops. doctr. Polit. edit. Ingolſtad. c. 20. num. 1.* † multiplex eſſe cenſetur: eamque triplicem Bartolus facit, *conſil. 89. num. 1. & 2. lib. 1.* unam largam, quæ Provinciam; alteram minùs largam, quæ conſtituit civitatem; Tertiam minimam, ut caſtrum, villam &c. quod & docui *in tractat. d. Jur. univerſitat.* * addit Loſæus & quartam ſpeciem, videlic. Collegium. *tract. d. iur univerſ. part. 1. cap. 2. n. 1.* quod probat Dn. Præc. Lauterbach/ & deſideratiſſ. in orbe literato Juris Conſ. Dn. David Scheinemann, b. m. *in diſp. de Syndic. theſ. 8.* † Univerſitas agere quidem & conveniri poteſt; verùm, cùm id per ſe facere non poſſit; propter difficultatem, quæ eſt in congreganda univerſitate, ex multis quæ conſtat perſonis: Antiquitùs ideò Decuriones creati fuerunt, qui in Municipiis eſſent loco Senatorum, *Laurent. Valla, *elegant. 6. cap. 32. l. 32. Cod. d.*

Decurion. † (hodie frequentius Conſiliarii, Rahtsmänner/ * alicubi Scabini, vom Vrtheil ſchöpffen oder fällen; oder Gerichtsleuth. † indigitantur) & totam univerſitatem repræſentare dicuntur. Loſæus. *tr. d. univerſitat. part. 1. cap. 3. n. 47. &c.* * V. Dn. Caſpar Ziegler, *in commun. concluſ. ad prax. Aur. Nicol. Calvol. §. civitas. concluſ. 1. num. 71.* & omninò Dn. Lauterbach/ *alleg. loc. theſ. 31. & ſeqq.* ubi pro diverſa in civitatibus regiminis formâ diverſimodè hæc explicat. † Ab hiſce adminiſtratoribus, Syndici differre dicuntur; qui ab univerſitate ad plures cauſas conſtituũtur. *l. item. 6. §. 1. v. ſed ſi ita. cum §. ſeq. ff. h.* alibi defenſores Civitatũ nominantur. *t. t. C. d. defenſor. Civitatum.* * Sed hos tn. à Syndicis variè diſtinguit Antonius Perez *in Cod. d. t. d. defenſorib. Civit. n. 2. & 3.* cui & adſtipulatur Dn. Lauterbach/ *d. diſputat. th. 12. & 66.* ubi etiam differentia inter Syndicum & Actorem, it. curatorem, Ecdicum, Oeconomum, Apocriſiarium & ſimiles oſtenditur. † Decuriones, & multò minus Syndicos, imò totam univerſitatem, obligare non poſſe unam atque alteram perſonam in ſingulari, ipſis non conſentienribus, nullam ferè dubitationem habere videtur: Ejuſmodi enim obligatio vim haberet ſtaturi; Statutum autem non generale, ſed paucos quoſdam peculiariter prægravans, haud valere cenſetur; contra idque exceptio doli locum habet. *l. 1. ad fin. d. dol. except. l. toties. 6.* ubi Br. *d. pollicit.* ut & idem *in l. Antiochenſium. ff. d. Privileg. creditor.* nominatim ſcribit: quod etiam tale ſtatutum parriculare non valeat contra Judæos. * Jaſon, *ad l. civitas. 27. num. 10. d. R. cred.* ibique Fulgoſ. Hartmann. Piſtor. *p. 1. q. 37. num. 17.* † Cardo verò difficultatis hanc circa rem, vertitur in eo: An Decuriones & Syndici populum repræſentantes, ex cauſa obligare poſſint in genere cives & eorum bona; non reſtringendo illam obligationem ad paucos quoſdam? Id quod * mordicus propugnat Bartol. ad *l. penult. d. don. int. V. & V.* ubi generaliter dicit, quòd pactũ civitatis noceat omnibꝰ, quibꝰ eadem poteſt imponere legem; cum quo tranſit & Angel. ad *l. 27. d. R. Cred. in prim. lectur.* Ripa ad *l. ſi is, qui bona. d. pignor. & hypothec.* † Idemq; affirmare videtur Loſæus, *d. tr. part. 3. c. 3.* & Trentacinquius, *libr. 1. var. reſol. t. quod cuiuſque univerſit. nomine. reſol. 2.* * Nec non JohannElſwich, *diſput. Polit. 2. th. 10.* imò, ut Andreas Gaill. *tract. d. Arreſt. cap. 9.* per diſcurſ. de hac quæſtione tractans, ait, communiter à DDbꝰ concluditur, talem

lem obligationem in tantum valere, ut tales cives ubique locorum, in Imperio vel extra, prehendi & arreſtari poſſint.† Mihi contraria opinio arridet, ut dixi in *tr. d. jure univerſ. c. 6.* quam & Bald. Caſtrenſis, * Salicet. Alexand. Aretin. Jaſon. Decius † aliique amplectuntur, & cui etiam adſtipulatur Henric. Bruningus, *diſput. elegantiſſ. d. variis univerſitatum ſpeciebus. th. 78.* ubi docet, hanc ſententiam Cameram quoque Imperialem adprobaſſe: conſentit Meichſner, *tom. 4. deciſ. 27. num. 37. &c.* Pariter Weſembec. *conſ. 46. num. 10.* & noviſſimè Berlichius, *in concluſ. practicis, 1. c. 52.* docet: Principem ſubditos ſuos invitos & ignorantes, repræſaliis obligare non poſſe; * adeo, ut exiſtimet Jaſon, (ſibi tn. contrarius,) creditores jus ſuum amittere, qui ex talib⁹ pactis Repræſalias exercent. *ad l. civitas. ſi cert. pet.* addat. Caillius, *cit. loc.* ubi contrariam ſententiam duram & naturali æquitati contrariam appellat. *num. 8.* & inprimis Hartmann. Piſtor. *d. p. 1. quæſt. 37. num. 10. & plurib. ſeqq.* † Pro hac noſtra ſententia facit (1.) quòd univerſitas municipii, imò & ea Civitas, quæ ſuperiorem non habet, aut quoque abſolutus Princeps, in perſonarum ſingularum bonis, nil quicquam juris habet. (2.) Contractus obligant nonniſi conſentientes; hîc autem ex hypotheſi, cives non conſenſerunt. Et quamvis nonnulli Politici, præſertim Arniſæus, *tr. d. Maieſt.* probare enitantur: in ſingulorum bonis, dominium univerſale Rempublicam habere; indeque ex cauſa rem ſuam ſubdito auferre poſſe; quod & nos etiam eatenus concedimus, ut Princeps, jure poteſtatis ſummæ, contributiones, collectas, aliaque ad ſalutem publicam neceſſaria onera imponere ſubditis queat: non enim alio reſpectu dici poteſt, omnia Principis eſſe. Tholoſan. *7. d. Republ. c. 10.* Keckerm. *diſp. pract. 34. probl. 9.* Attamen non ritè ſequi videtur: Princeps mihi, meiſque rebus, collectam indicere poteſt. E. res meas onere hypothecæ pro debito publico onerare, aut ſubditos ad repræſſalias & arreſta obligare poteſt. Magna etenim hîc ſubeſt ratio diverſitatis. Collectæ pro patrimonii proportione, in tolerabili quantitate imponuntur. Si verò me, meaſque bona, pro publico debito ad arreſta excuſſioneſque obligare Princeps poſſet, licitum ſanè eſſet creditori, ex civibus ſibi magis idoneos, repræſſaliis, aliiſque ſimilibus violentis remediis exagitare: & ita fieri facilè quiret, ut hoc publicum onus pertingeret ad paucos, contra juſtitiæ diſtribu-

tivæ æquitatem, & contra *l. 1. Cod. de omni agro deſerto. libr. 11. C.* Civem namque unum, pro integro debito Univerſitatis, tantiſper dùm ſolidum ſolvatur, detinere liceret, nec pro rata ſua ſolvendô liberaretur. Et receptiſſima, omniumque Politicorum & JCtorum approbatiſſima opinio exiſtit: Principem, nec cum cauſa, alicui rem ſuam auferre poſſe; niſi pretio refuſo. Gail. *2. obſ. 56.* latiſſimè Græveus *pract. concluſ. lib. 2. concluſ. 56.* * Ita quidem, ut nec cogi ſubditi poſſint ad fidem de pretio habendam; ſed confeſtim hoc eis exſolvi debeat. Vid. pluribus Georg. Franzkium, *in Commentar. π. t. de contrah. empt. n. 97. & lib. 3. reſol. 2. num. 62.* † Inſuper nec abſolutiſſimæ vi poteſtatis, Princeps pro lubitu, collectas imponere poteſt; ſed Ordinum conſenſum prius impetrare, vel eos ad minimum de præſenti neceſſitate edocere debet; ut dixi *tract. de Ærar. cap. 4. §. 5. per tot.* * eleganter & nervosè Magnific. Dn. Myler ab Ehrenbach/ (qui poſt fractam à Conringio glaciem, ob maxima ſua in rem publicam merita, Auriga Publiciſtarum à multis ſalutatur. Philipp. Andreas Burgoldenſ. *in Notit. Rer. J. R. G. part. 2. diſcurſ. 16. in fin.*) *Convenit,* inquit, *collectas à ſubditis magis* impetrari, *quàm* imperari: *ideò cum conſenſu ſubditorum, aut qui eos repræſentant,* einer Landſchafft/ *illa exigi ſolent. de Statib. Imper. cap. 62. num. 7.* † Quomodo ergò Princeps, inſciis civibus, clandeſtinè eorum bona, magno tali onere aggravare poſſet? Idque, cùm anſam præbeat, ære alieno totam Rempublicam diſturbandi, nunquam concedendum erit. Loſæi & Trentacinquii argumenta alia haud difficulter refutari queunt. Quòd enim ajunt: talem contractum vim legis habere; utpote cùm contractus factus ab eo, qui legis condendæ præditus eſt poteſtate, vim habeat legis. *l. Cæſar. 15. ff. de Publican. l. penult. Cod. de donat. inter vir. & uxor.* Omnem autem Civitatem, habere legis ſanciendæ poteſtatem: ut tradunt Dd. ad *l. omnes populi. ſupra, de Juſtit. & Jur.* E. ejuſmodi contractus, pariter ut leges, omnes ligare. Rectè enim ad hoc argumentum Decius reſpondet, in *l. Civitas. infra, ſi cert. petat.* contractum factum ab eo, qui legem condere potis eſt, non per omnia vim legis habere, ſed tantùm quod attinet capitula & pacta, quæ fiunt in tali contractu, quæ per legem, ut ab omnibus obſerventur, præcaveri poteſt; ut quando venduntur Gabellæ, cum

tum certis pactis & capitulis, quibus nullus de populo contravenire poteſt: & ita procedere *dict. l. Cæſar.* non autem, quantum ad obligandum ſingulares perſonas, ut poſſint conveniri ex tali contractu. Sanè contractus vim legis demum habet, ſi Princeps contrahit de re ſua, vel Fiſcali, puta de gabellis, vectigalibus &c. quorum reſpectu non ſolùm Princeps, ſed etiam dominus exiſtit. Singularium verò rerum, ad privatos pertinentium reſpectu, ſi Princeps contractum celebrare, & eum vim legis habere velit, id minimè procedere poſſet: cùm contractus & lex, toto genere diſtent, aliaque prorſus ſit ratio contractus & legis. Ut & quod in *d. l. pen. Cod. de donat. inter vir. & uxor.* dicitur: Imperiales contractus vim legis obtinere, id locum habet, ſi de re ſuâ contrahat Princeps: tùm enim ita firmus eſt ille contractus, ut, ſi ſolennitates juris civilis omittantur, ille defectus non reſpiciatur; ſed vim Legis conventio habet, ac ſi nempe ſingulari lege in hoc caſu, Princeps legem civilem, certam aliàs ſolennitatem exigentem, removiſſet. *Ita pariter nec officit, quòd quidam opponunt: Proceres civitatis, quibus gubernatio & communis publicarum rerum cura eſt commiſſa, vi illius commiſſionis, liberam habere videri adminiſtrationem & idem facere poſſe, quod ſinguli facerent. Gloſſ. *ad rubric. Cod. quæ ſit longa conſuet.* Nam, ut ipſemet Autor ad hoc reſpondet, *Politicor. cap. 12. num. 66. §. 2.* id non ad bonorum privatorum, ſeu ſingulorum; ſed rerum Univerſitatis adminiſtrationem ſolummodo pertinet. ** Sed *quid* tamen, *ſi major pars civium in eiuſmodi obligationem conſentiat?* Et ſanè ne tunc quidem alios vel plures, quàm qui conſenſerunt, & præſentes fuerunt, obligari, arreſtari, vel detineri propterea poſſe, concludit ex notiſſimo juris principio, quod habetur in *l. veterem. fin.* ibi: *Quod omnes ſimiliter tangit, ab omnibus debet comprobari. C. de autoritat. præſt.* ubi vulgò Interppr. *cap. quod omnes. 29. de R. Jur. in 6.* Dn. Autor, *loc. modo cit. §. 3.* ubi plura. Dn. Brunnemann, ad *l. 7. §. 1. ff. h. t. num. 4.* ubi breviter & nervosè ſcribit: Ergo in hoc puncto, ſi ſinguli & ſingulorum bona obliganda, ſingulorum etiam conſenſus neceſſarius eſt. ** Hòc ampliùs, ſi etiam ſtatuto cautum eſſet, quòd contractus à Civitate legis condendæ poteſtatem habente celebratus, vim ſingulos obligandi habere debeat, & inde demùm contractus ſequeretur: vel Civitas ita contrahat, quæ non recognoſcit Superiorem; quid

ſit

ſit ſentiendum? examinat poſt Bald. Caſtrenſ. Alexandr. Hartmannus Piſtoris, *loc. ſupr. citat. num. 15. & 16.*†

25. *Collegia vel Univerſitates, ſodalibus imperare pecuniam queunt, ad utilitatem rerum ſuæ adminiſtrationi commiſſarum: etiamſi non conſenſerint omnes.*

UNiverſitatem, puta oppidum, Civitatem, pagum, villam, Collegium, aliquâ pro neceſſitate ſibi incumbente, vel privata ſua utilitate, collectam imponere poſſe, dubitationem non magnam habere videtur; adeout communiter ſit receptum, unamquamque univerſitatem, ſine permiſſu Principis ſui ſuperioris, id facere poſſe, *per l. 1. §. 1. ff. h. t.* ubi reſpondet Cajus JC. *Quibus permiſſum eſt corpus habere collegii, ſocietatis, ſive cuiuſque alterius eorum nomine, proprium eſt, ad exemplum Reipublicæ, habere res communes, arcam communem, & actorem ſive Syndicum.* Hancque ſententiam amplectitur Thom. Maullius, *tr. d. homag. c. 9. n. 4.* Chriſtoph. Winzler, *tr. d. collect. obſ. 4.* Caſp. Klock. *diſput. d. collect. th. 12. & ſeqq.* Bronchorſt, *miſcell. cent. 2. aſſert. 77.* * Bruning. *tract. d. Jur. univerſitat. theſ. 65.* Johann. VVurmſer, *exercit. iur. publ. 6. theſ. 4.*† Hocque poſſe univerſitatem, ſi major pars id velit, & ad id diſſentientes etiam adſtringi, magis verum eſſe videtur; quamvis nonnulli, & etiam Paul. Buſius, *ad l. 1. ff. h. & diſput. pol. 1. θ. 11.* contradicat & putet: jure tantùm ſocietatis, *id eſt*, ex conventione omnium, univerſitatem contribuere aliquid in commune, pro civitatis neceſſitate poſſe; unde conſequens eſſe ait, ut ſi quis contradicat, & contribuere detrectet, eum ne plurium quidem ſuffragiis vinci poſſe vel cogi. Vnde & Purpuratus, *conſ. 438. num. 84.* dicit: in iſtis actibus voluntariis, unam fabam nigram actum impedire. Addatur P. Gregor. *3. ſyntagm. c. 7. numer. 10.* Anton. Faber *in Cod. lib. 9. t. 29. def. 18. num. 1.* Cui ſententiæ propterea accedere non poſſum, quia regulare eſt, & perpetuo verum: in omnibus rebus, quæ ab univerſitate peraguntur, majorem concludere partem. *l. quod maior. 19. ad municipal. l. 3. & 4. ff. h.* ibique VVeſembec. *in parat. num. 4. & 7. c. 1. ext. d. his quæ fiunt à maiore parte.* Theſſaur. *deciſ. 1.* Quamvis enim Collectæ aliàs Regalibus adnumerentur, ut omnes de Regalib. tractantes docent;

docent; quorum non paucos ego, *in conſ. inſerto tractatui de Ærario. f. 118. & ſeq.* laudavi: * & conferri poſſunt præ aliis Iohannes Wurmſer, *Exercit. iur. publ. 6. q. 1.* Springer, *d. modern. Imp. Rom. German. cap. 3. fol. 40.* Carpzov. *in diſſert. iurid. Polit. d. Regalib. p. 2. cap. 3. th. 95.* qui omnes, alios quamplurimos allegant; † ac proinde Vniverſitatibus, Municipiiſque Regalibus deſtitutis, hoc jus aliter competere non videatur, niſi vel Principis conſenſu, vel immemoriali privilegio, aut ex totius civitatis conventione exerceatur; ut & *l. un. C. d. ſuperindict. libr. 10. & l. placet. 8. C. d. excuſ. muner. lib. eod.* velle videtur, neminem poſſe collectas imponere, niſi ſolus Imperator, vel ejus conſenſu; Attamen hæc omnia intelligenda ſunt de generalibus collectis, propter totius Imperii, vel integræ alicujus provinciæ neceſſitatem aut utilitatem publicam quæ exiguntur, & Regalibus accenſentur. De aliâ vero ſpecie collectarum hîc diſputatur, quæ nimirum ad Regalia non ſpectant, ſed ob particulares cauſas, & ob neceſſitatem earum rerum exiguntur, quarum rerum adminiſtratio & cura, Univerſitati, vel à Principe vel conſenſu eorum, qui ſunt de univerſitate, eſt permiſſa: quarum ſanè exigendarum facultas, ad jus Univerſitatis, eorumque poteſtatem, qui Univerſitatem repræſentant, aut adminiſtrant, ex conſequenti pertinere debet, arg. *l. 2. d. iuriſdict.* cùm aliàs ſine eo jure, Univerſitas non adminiſtrari queat. * Vnde vi pacti quodammodo ſive conventionis, vel conſuetudinis has collectas imponi, ajunt Bruningus, *d. var. Univerſitat. ſpecieb. theſ. 65.* Henningus Gæden, *conſil. 1. d. auri- & argentifodin.* Florez Diez de Mena, *q. pract. 21. num. 12.* Menoch. *conſil. 28. num. 34.* VVeſembec. *conſil. 45. num. 10.* Klock. *d. Collect. theſ. 12.* † Idque eleganter probatur per *l. omnes. 12. C. d. oper. publ.* ubi Decurionibus conceditur poteſtas, à Civibus exigendi collationem, ad muros vel novos faciendos vel veteres renovandos; idque hanc ob cauſam: quia mæniorum cura ad eorum pertinebat adminiſtrationem. Et ita *l. 4. §. 1. infr. d. decret. ab ord. fac.* quæ à Buſio objicitur, intelligimus de ejuſmodi decurionum decreto, quod concernit rem, in eorum non ſitam cura vel poteſtate: quomodo etiam reſponderi poteſt *ad l. 3. in pr.* ibi: quam omnib. in ſolidum publicè dare placuit. *d. adminiſtration. rer. ad Civit. pertinent.* Ille ergò textus loquitur de pecunia ex pacto voluntario collatâ, non, quòd inde argumentandum ſit, omnem pecuniam eo modo, nec

aliter, exigi poſſe. ** Sanè & cùm civitas ob æs alienum & aliis urgentibus neceſſitatibus indixiſſet, ut per triennium ſinguli cives de bonis ſuis, de annuis reditibus & venali cereviſia certum quid in publicum contribuerent, Fertarius Montanus ex facto conſultus, hanc conventionem, intrepidè reſpondit, ſine Principis permiſſu non ſaltem valere; ſed & vicinis, ratione prætenſi ipſorum intereſſe, quòd nempe ſic pretia venalium rerum valdè augerentur, nullam omnino competere actionem; ut refertur in *Conſ. Marpurgenſ volum. 1. conſil. 1.* * Ita ſi Univerſitas ſumtuoſam cum extraneo litem habeat; ſi ob delictum ab ipſa patratum mulctam debeat; ſi item fontes & pontes, viæ publicæ & flumina ſint reficienda; ſi ad publicam defenſionem; ſi pro ſalariis Medico (vulgò Statt-Phyſico) Prætori, Magiſtro Scholarum, &c. exolvendis pecuniâ egeat, hiſce & omnibus ſimilibus in caſibus, eandem, ſine licentia ſuperioris, collectam tutiſſimè indicere, poſt alios plures, docet Johann. Wurmſer, *Exercitat. iur. public. 6. theſ. 4.* Moditi. *quæſt. 144. §. plebiſcitum.* Dn. Autor. *Politicor. cap. 12. theſ. 63. §. 1.* * Sed has collectas minùs propriè hoc nomine; & rectiùs appellari Collationes, vel collectas Rurales (pro ratione videlicet rei, ob quam indicuntur) docet Roſenthal, *d. Feud. c. 5. concl. 81. num. 1.* Regner. Sixtin. *tr. d. Regal. lib. 2. c. 14. num. 22.* Bocer, *d. Collect. c. 5. num. 4.* Caſpar Klock. *d. ead. mater. c. 5. num. 103. & ſeqq.* Wurmſer, *d. loc.* * Et tandem, quæ dicta ſunt de conſenſu ſeu permiſſu ſuperioris, quòd nempe etiam irrequiſitô illô, tales collationes Univerſitates indicere poſſint; illa notabilem recipiunt limitationem, ſi in unô vel alterô locô aliud conſuetudine receptum ſit; quippe quæ in collectarum impoſitione præciſè ſervanda. Reichs-Abſch. d. Anno. 1542. §. Damit auch ſolcher Ordnung/ꝛc. poſt Alex. & Boeri. Loſæus, *d. iur. Univerſ. p. 3. c. 8.* Anton. Faber, *in C. l. 4. defin. For. tit. 39. per tot.* unde in Hiſpania non poſſe Univerſitates, ultra tria millia Marapetinorum, ad neceſſarias etiam cauſas, collectam indicere, abſque ſpeciali indulgentia Regis, teſtatur Florez Diez de Mena, *cit. q. 21. num. 15.* Plura huc facientia Vide apud Bruning. & Klockium, *citt. locc.* nec non apud Maul. *d. Homag. c. 9. num. 9. & ſeqq.* ubi, Quomodo Forenſes quoque tali collecta gravari poſſint? doctè examinat. Addat VVurmſer *d. Exercit.* ubi: An etiam Civitates Municipales, Juriſdictione carentes, tales collectas imponere queant? †

26. Uni-

Digitized by Google

26. *Univerſitas an delinquere poſſit?*

Quidam putant, Univerſitatem delinquere non poſſe: cùm ſcilic. Vniverſitas, Collegium, Plebs, Populus, Capitulum & ſimilia nomina collectiva, ſint nomina juris, & corpus quoddam fictum per ſingulos in unum congregatos repræſentatum. *l. mortuo. 22. ff. d. fideiuſſor.* * *l. 1. §. quibus. l. 2. l. ſicut. 7. § ult. noſtr. h. tit.* † Mynſing. *4. obſerv. 56.* Meiſner. *deciſ. 22. tit. 4. n. 1.* Vnde animô dolôque carere videntur; * imò & paſſim in legibus dicuntur, *l. 1. §. 22.* ibi: *conſentire non poſſunt. ff. d. A. vel A. P. l. un. §. 1.* ibi: *movet enim quòd conſentire non poſſunt. d. libert. Univerſit. l. ſed ex dolo. 15. §. 1.* ibi: *quid enim municipes dolo facere poſſunt? ff. de dol.* † ſine quo planè delinqui nequit: * ad delictum enim, tanquam cauſa, requiritur προαίρεσις ſive doloſum animi propoſitum, ſic ut inde voluntas ſeu propoſitum delinquentis maleficia diſtinguere dicatur à Paulo, in *l. qui iniuria. 53. princip. de furt.* * Hocque ipſo argumento Innocentius, graviſſimus certè autor, quòd univerſitas non poſſit delinquere, conceptis docet verbis, *in c. gravem. d. ſentent. excommunicat.* † Quòdque ea nec corporaliter nec ſpiritualiter puniatur, & in univerſitatem in univerſum conſideratam non cadat diſpendium ſalutis æternæ, tradit Natta, *conſil. 548. incip. cùm Communitas. in fin.* * quod utrumque & probat Iohannes Bodinus, *d. Republ. lib. 3. cap. 7. num. 337. fol. m. 337.* ** Et ſanè ſive omnes de Vniverſitate, ſive major ſaltem pars in delictum conſentiant; neutrô tamen modô ipſa & tota ſimul Vniverſitas delinquere videtur: Non priori; cùm in quâlibet fere Vniverſitate infantes & furioſi reperiantur, quorũ tantum abeſt ut aliqua ſit ad nocendum voluntas, ut illos potiùs innocentia conſilii, hos fati infœlicitas tueatur & excuſet. *l. infans. 12. ff. ad L. Cornel. d. ſicar.* Bodin. *d. Republ. citat. loc.* Nec, ut in contractibus, defectum hunc ſupplere poteſt tutorum vel curatorum conſenſus & auctoritas. Vnde etiam laudatus jammodò Innocentius: *Innocentia,* inquit, *non debet puniri; at in Univerſitate, maximè maiori, ſemper multi ſunt innocentes, multi nondum nati, qui contra omnem rationem punirentur;* teſtaturque Iohann. Oldendorp. *tract. d. Æquit. tit. 14.* Neque Bartolum, vel ullum unquã Iuriſperitum tentâſſe Innocentio, vel potius divinæ huic

 ratio-

rationi contradicere. Neque item poſteriori modo: Li
Vniverſitatis benè magna pars delictum commiſerit;
reliquos in delicti & pœnæ communionem, ſalvâ Iuſtit
non poſſe, oſtendit vel ſola *l. 22. Cod. d. pœn.* non obſtant
ma *l. 19. ad municipal.* quippe quæ ad delicta ſpectat vel
Vid. Ioh. Oldendorp, *citat. tract. fol. mih. 147.* ubi latè de
ſtione agit & tandem concludit: Quòd, ſi ſtrictum juris
ptum ſequamur, delinquere Vniverſitatem, dici propriè
ſit. Adde plurib. Farinac. *prax. Crimin. lib. 1. tit. 3. q. 2.*
108. †

Verùm, hiſce non obſtantibus, receptum eſt, quòd
Vniverſitas delinquere poſſit; de crimine item accuſari &
Magon. *deciſ. Lucenſ. 72.* Molina, *tom. 3. diſput. 35.* Gædd
ad l. 17. num. 20. Ego, *tract. d. iur. Vniverſit. cap. 7.* * Bo
5. Diſp. 20. th. 117. in fin. Rebuff. *lib. 3. d. privileg. ſtudioſor*
Dnn. Anteceſſor. Tubing. *conſil. 91. num. 111.* Donawörth
formation, *part. 1. fol. 89. 90.* ** Probatur hæc ſententia
expreſſum in *l. 9. §. 1. quod met. cauſ.* ubi Juriſconſultus
Populum, inquit, Curiam, Collegium metum poſſe in
propterea Edicto quod met. cauſa teneri. Addat. *Avt*
tem nulla communitas. C. d. Epiſc. & Cler. & *Avthentic. c.*
SS. Eccleſ. Nec obſt. *ſuprad. l. 15. ff. d. dol.* ad quam r
Dn. Brunnemann, *ibid. num. 3.* Henric. Hahn, *ad VVeſ*
n. tit. num. 6. Dn. Autor, *Politic. c. 12. theſ. 68. §. 1.* † Quanq
ter puniatur Univerſitas, aliter particulares perſonæ. N
4. obſ. 74. Namque cùm corpus Univerſitatis habeat b
corpus quoddam ex juris fictione compilatum, pœnâ
riâ & juris ſui privatione puniri poteſt: mutatione ſcili
privatione privilegii, gratiæ, &c. aut per ſedis Epiſcopa
norumque locorum commercii remotionem, Magon. *d.*
14. * & omninò Farinac. *alleg. loc. num. 120.* ** Hincqu
verſitas collectas aut exactiones, angarias item vel pa
as Eccleſiæ, &c. imponat, vel ejus bona violenter invad
tur triplô, ſimulque banno ſubjicitur Imperiali. *Avth*
nulla Communitas. Cod. d. Epiſcop. & Cleric. nonnunqua
deturbari Civitatis, meminit Autor, *Politicor. c. 12. the*
aliquando urbs tùm muris, tùm libertate & jure civita
tuta, efficitur tributaria, bona publicantur, & totus ejus

Digitized by Google

natur bene meritis; quod contigit Byzantiis, autore Xiphilin. *in Sever.* & Bruttiorum oppidis, quòd faviſſent Annibali, Appian. *in Annibalic.* imò & interdum, inducto aratro, unà cum urbe Civitatem extingui, exemplo Carthaginis oſtendit Modeſtinus, *in l. ſi uſusfructus. 21. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* ad quam præ aliis eleganter Petrus Faber, *1. ſemeſtr. cap. 8.* & Gothofredus, qui plura ibidem congeſſit exempla. Farinac. *cit. loc. n. 120.* Et nonne adhuc hodiè, Imperialis proſcriptionis fulmine, à culmine dignitatis Civitates proſternuntur? Dubitans legat formulam ejuſmodi ſententiæ, quam exhibet Caillius, *lib. 2. obſ. 9. num. 10.* ibi: In der Landfriedbrüchigen Sache/ꝛc. erklären wir Burgermeiſter und gantze Gemeinde/ als offenbahre Aechter in der Käyſerl. Majeſt. und deß Heil. Reichs Acht/ ꝛc. † *Sic refertur* in der Waldeckiſchen Ehrenrettung/ *part. 3. cap. 46. fol. 175.* daß gantze Stätte/ Communen und Univerſitäten/ ſo wol mit der That/ als mit ihrem Stillſchweigen/ Conſens/ Patientz und Gutheiſſen ſündigen/ und nicht allein eine Geld-Straff/ Verluſt ihrer Privilegien/ Hinrichtung der Vornemſten Haupt-Rebellen; ſondern auch *capitis diminutionem maximam* verwürcken/ *demante*lirt und *ad ſalem & aratrum* verdammt werden können: deſſen ſeynd alle Hiſtorien und Rechts-Bücher voll Inmaſſen nahmhafft am 28. Tag Junii/ Jahrs 1499. ein ſolch Urtheil wider eine vornehm mächtige Freyſtatt gefället worden: **So verkünden und erklären wir die genannte Burgermeiſter/ Rath und Innwohner zu N. Mannsperſonen/ ſo über 14. Jahr alt ſind/ in deß Reichs Aacht und Oberacht/ ſetzen ſie auß dem Frieden in Unfrieden/ und erlauben Ihr aller und jeder beſondern/ Leib/ Haab und Güter/ allermänniglich:** *extat in ſentent.* Raphaelis Saileri & Barthii, Anno 1499. 28. Jun. Item Anno 1540. 5. Apr. Anno 1549. 5. Jun. * An & infamia Univerſitas notetur? Vid. apud Modit, *quaſt. 28.* Proſp. Farinac. *loc ſupra cit. n. 115.* An item & quatenus eadem Jus Protectionis ob delictum amittat? tradit Martin. Mager. *d. Advocat. armat. cap. 16. num. 754. & ſeqq.* ** In univerſum autem ita ſemper univerſitatem puniri debere, ut pœna ad inſontes v. c. infantes principaliter non pertingat; ſed vel ſola capita & criminis Autores, die Rädlinsführer/ vel ipſa Univerſitas, in qualitate Univerſitatis, v. gr. ut dictum, murorum

dejectione, privilegiorum ademtione &c. puniatur, inculcat rectiſſimè Dn. Autor, in Politicis, *c. 12. theſ. 68. §. 2.* & ut plurimùm graviorem univerſitatis pœnam, ob prægnantes, infantes & ſimiles innocentes, in pecuniariam converti ſolere, ex Receſſ. Imp. d. Anno 1548. Mynſing. & Gaillio, docet Henricus Bruning. *d. var. Univerſit. ſpecieb. theſ. 98.* prolixè Farinac. *d. quaſt. 24. num. 115. ſeqq.* Vide tamen Arumæ *d. Jur. publ. vol. 1. diſp. 25. theſ. 86, 87. & 88.* Imò regulariter Vniverſitatem non puniri, ob hanc ipſam rationem, ne innocentes ſimùl condemnentur, generalibus ſcribit verbis Bened. Carpzov. *in Prax crimin. p. 1. q. 41. num. 7.* ubi tanquàm ſpeciale quid in crimine L. Majeſt. hoc notat, quòd ob id Vniverſitas puniatur criminaliter & ad aratrum uſque deſoletur. Ubi tamen ſine dubio verba poſteriora explicant præcedentia: quod nempè regulariter in Vniverſitatem non cadant pœnæ criminales; ſed innocentia ſexûs, ætatis, &c. juſtiſſima ſit cauſa mutandi tales pœnas in pecuniarias; niſi delicta ſint atrociſſima, ut etiam loquitur Farinac. *d. loc. num. 115. & 120.* ubi vide. †

Delinquit autem Univerſitas (1.) Committendo; * (quod tamen improbant communiter DD. ſecuti Bartol. ad *l. 16. §. 10. ff. d. pœn.* †) veluti, ſi pulſatâ campanâ, congregato conſilio, elevato vexillo, præviâ deliberatione quid fiat; * ſive, ut clariùs res exprimatur, ſi omnibus de univerſitate per ſonitum campanæ, tubæ, præconem vel alium modum in eadem uſitatum convocatis, totus populus vel ad minimum duæ partes congregatæ fuerint, &, habito priùs conſilio, per majora aliquid faciendum concluſerint. Dn. Præceptor Lauterbach/ *dict. diſput. de Syndic. th. 60.* Dn. Brunnemann, *ad l. 7. noſtr. h. tit. num. 3.* & ad *l. 9. num. 4. quod met. cauſ.* Sebaſt. Guazzin. *tr. d. defenſ. reor. def. 1. cap. 39. num. 37.* † Hæcque congregatio adeò hìc neceſſaria eſt, ut non ſufficiat, ſi ſeparatim unus conſentiat hodie, quatuor cras. Menoch. *conſil. 80. numer. 14. &c.* * ſed ſimultaneus requiritur conſenſus, ex ratione, quam habet Franciſcus Marcus, *volum. 1. deciſ. 784.* † Nec ſufficit, totam multitudinem, etiam levato vexillo, vim publicam inferre; niſi præceſſerit ſolennitas convocationis & præſtitus fuerit conſenſus in forma Vniverſitatis: aliàs ut ſinguli ſunt puniendi. * *l. 15. §. 2. quod vi aut clam.* conferatur

Cyl-

Gylman. *Tom. 2. ſymphorem. part. 3. tit. 7. num. 76.* Juſtus Oldekop, *Obſervat. Criminal. tit. 2. obſ. 5. num. 3.* ubi meminit inter alia, ex hoc principio Civitatem Bononiæ, coram Pontifice, defenſam fuiſſe, ut non potuerit puniri ceu rebellis. Gaill. *l. 2. d. pac. publ. cap. 9. num. 4.* & *d. Arreſt. cap. 10. num. 24* Bodin. *d. Republ. l. 3. pag. 337.* ubi varia exempla, uſque ad *pag. 343.* Farinacius, *ſupra cit. q. 24. num. 129. & ſeqq.*† Meichſner, *d. loc. num. 95. &c.* qui *n. 98.* ait: Si plebs delinquat ſine regentium conſenſu, tunc civitatem non puniri; ſed tantùm capita factionum. * Imò verò etſi hôc caſu (quo nempe omiſſis ſupradictis ſolennibus, etiam tota Univerſitas ad delictum procurrit) conſenſus quoque Conſulis & aliorum ejuſdem Officialium intervenerit; & hi populum acclamando, ipſi ad delictum adhortarentur; attamen ne ſic quidem ipſam & totam Univerſitatem deliquiſſe videri; ſed tantùm ſingulos, docet Joſeph Maſcardus, *d. Probation. concluſ. 1421. incip. univerſitas. num. 7 & ſeqq.* (ubi videſis plura) & Proſp. Farinac. *d. q. 24. num. 130.* probatq; Juſt. Oldekop, *cit. loc. num. 6.* ** Quamvis autem ea, quæ hactenus ſunt dicta de delictis Commiſſionis, multi DD. ad ſola illa reſtringere velint, quæ tantùm ab Univerſitatibus patrari poſſunt, ut eſt: juriſdictionem dare, ſtatuta facere, collectas imponere & ejuſmodi plura; ſic, ut ex adversô illa, quæ etiam à privatis & perſonâ ſingulari admitti poſſunt, v. gr. homicidium, violentiam, injuriam vel damnum injuriâ datum & alia talia, in Univerſitatem propriè non cadere acriter contendant: Henric. Hahn ad Weſembec. *hîc num. 6.* Proſper Farinac. *Prax. Crimin. lib. 1. tit. 3. quaſt. 24. num. 110.* Mynſing. *centur. 4. Obſ. 78. num. 5. & ſeqq.* ubi hanc ipſam diſtinctionem etiam à Camera approbatam & receptam dicit: Attamen in puncto juris nihil hîc intereſſe, tùm ab experientia, tùm & cumprimis ex *d. l. 9. quod met. cauſ.* probat Dn. Dr. Lauterbach/ *d. Syndic. theſ. 61.*†

(2.) Univerſitas delinquit etiam Ratificando; modò tamen eadem ſolennitas adſit, quæ in committendo. Magon. *d. deciſ. n. 17.* * convocatio videlicet, propoſitio, deliberatio, & certa ſcientia. Dn. Dr. Bardili, *in diſp. d. ratihabit. theſ. 11.* Oſaſc. *deciſ. Pedemont. 138. num. 6.* eò quòd & illa delicta, quæ per ratihabitionem Univerſitas admittit, in committendo conſiſtant. Vid. Juſtus Oldekop, *Obſervat. criminal. tit. 2. obſ. 5. num. 7.* ** Neque inter-

Digitized by Google

intereſt, utrum ratihabitio expreſſis fiat verbis, an verò tacitè, retinendo v. e. rem per vim ablatam; dummodò ea ad Vniverſitatem è manibus ipſorum deprædantium pervenerit. Frideric. Pruckmannus, *conſil. 30. num. 91.* Oſaſc. *deciſ. Pedemontan. 138. num. 31. in fin.* Proſp. Farinac. *loco ſupra cit. num. 143.* Vnde Bartolus: Puto tamen, inquit, quòd poſſit ſequi ratihabitio; quòd ſufficeret ad puniendam Vniverſitatem, ut, ſi cives nonnulli per vim me expulerint de caſtro & Vniverſitas illud ſibi retinet, ad *l. 16. §. 10. ff. d. pœn.* ſimilia tradit Hieronymus Schurpf, *centur. 3. conſil. 56. n. 14.* ubi vide omninò. * Idemq; eſt, ſi Vniverſitas non puniat illos, qui prædam ſeu aliud delictum commiſerunt, & ſe de delicto lætam oſtendat, Mynſ. *obſerv. 79. ad fin. centur. 4.* ubi teſtatur de communi; adeoq; cum tali lætitiâ, Negligentia in puniendo ſimul concurrat. Farinac. *d. loc. num. 144.* Omninò tamen, quæ dicta ſunt de ſolennibus convocationis, propoſitionis, &c. reſtringit Farinac. ad ratificationem expreſſam, ut ſaltem in illa ſint neceſſaria; non etiam in tacita. *cit. loc. num. 147.* cui conſent. Oſaſcus, *d. deciſ. 138.* †

(3.) Vniverſitates etiam delinquunt omittendo ſeu negligendo, vel non reſiſtendo, in delictis non momentaneis; ſed ſucceſſivis, ſive continuis & actu permanentibus. Hîc non requiritur conſilium ſeu congregatio. Meichſner. *numer. 61. & 65.* * Klock. *vol. 2. Conſil. 59. num. 19.* Dn. Brunnemann, ad *l. 1. h. noſtr. tit. num. 7.* poſt plures alios, quos allegat, Farinac. *ſæpedict. q. 24. num. 131. & ſeqq.* † Sed ſufficit ſcientia & tolerantia. * Taleque vulgo cenſetur crimen Rebellionis, quod ab Vniverſitate, abſque ulla præcedenti deliberatione vel multitudinis convocatione committi, docet, cum communi, Andreas Gaillius, *lib. 2. d. pac. publ. c. 19. num. 5.* poſt multos à ſe laudatos, Maſcardus, *loco ſupra cit. num. 16.* Dn. Brunnemann, ad *l. 7. ff. h. t. num. 3.* (ubi & de tranſvectione mercium, non ſoluto vectigali.) Contra quod tamen faciunt, quæ ſupra adducta ex Juſto Oldekop. de civitate Bononienſi: quæ cum hiſce conciliat poſt Roland. à Valle, Maſcard. *d. l. num. 19.* & doctè Farinac. *alleg. q. n. 131.* ubi vide. * Ita ſi Vniverſitas Principis officialem videat vim pati, & cùm ſine periculo poſſet, (Farinac. *num. 138.*) non reſiſtat, eam ob hoc ipſum teneri, tradit Magon, *deciſ. 72. num. 18.* Capyc. *deciſ. 130.* Maſcard.

d. l.

Digitized by Google

d. l. num. 20. v. Farinac. *num. 133. & ſeqq.* * Idem eſt, ſi ſciens, delinquentibus non contradicat. *cap. 53. ext. d. ſent. excommunicat.* Nicol. Everhard. Jun. *vol. 1. conſil. 17. num. 51.* Matth. Coler, *tr. d. Proc. execut. part. 1. c. 2. num. 275.* Dn. Lauterbach/ *d. Syndic. theſ. 62.* † Vtiq; tamen ſcientia, tolerantia vel negligentia Vniverſitatis in dubio non præſumi ſolet; ſed per allegantem probanda eſt. Magon. *num. 19.* * poſt Ruin. & Deci. Maſcardus, *d. num. 20.* Videat. Farinac. *d. q. 24. num. 136. & ſeq.* † Et excuſantur Regentes, ſi fecerint, quod potuerunt. Meichſner, *num. 98. &c.* qui paſſim multa tradit de difficultate; * de qua etiam Maſcardus, *num. 21.* † Et habet elegantem caſum idem Meichſnerus, *d. deciſ. 22.* ubi Teutonicus Ordo, contra Heilbronenſes, civiliter egit; daß ſie die auffrühriſche Bauren eingelaſſen / und damit verurſacht / daß das Teutſche Hauß daſelbſt ſpolirt/und in viel Weg beſchädiget worden. Habet etiam Roſacorb, *in quæſt. forenſ. cap. 47.* ſimilem caſum, ubi agitur contra civitatē, quæ, tempore belli ruſtici, arces quasdam exuſſit. * Plura de hac materia videri poſſunt apud P. Fabr. *lib. 1. ſemeſtr. c. 8.* Ludov. Molin. *d. iuſt. & iur. tract. 3. d. 35.* Martin. Mager, *d. Advocat. Armat. cap. 16. num. 760. & ſeqq.* Loſæ. *part. 4. cap. 1.* Farinac. *d. l. 1. tit. 3. q. 24. numer. 107. & plurib. ſeqq.* Oldekop. *d. tit. 2. obſer. 5 per tot.* In ſpecie verò; Quatenus Vniverſitates, ex delictis ſuorum Rectorum, teneantur? examinat Brunnemann, ad *l. 1. h. t. n.* Farinac. *d. q. 24. num. 130.* Dnn. Anteceſſor. inclutæ Facultat. Jur. Tubing. ap. Autor. *conſil. 91. num. 114.* †

27. *De Univerſitatis mandato Procuratorio formando.*

WAs Geſtalt und Form ein Gemeind Gewalt geben ſolle? Quando ad alicujus inſtantiam citatur aliqua civitas, ſeu communitas, ad comparendum in judicio, non ſufficit, Senatum conſtituere procuratorem, pro ſe & communitate ſua; ſed requiritur, ut etiam ipſi Tribuni plebis, die Zunfft: oder Innungs Meiſter/ ſecundum cujuſque tamen loci conſuetudinem, ſimul conſtituant; quod præjudiciis firmat Mynſingerus, *cent. 1. obſ. 76.* & per tex. *in l. nulli. 3. ff. h.* roborat Peguera. *deciſ. 152.* In Würtembergico Ducatu, loco tribunorum ſunt die Rahtsmänner: unde Conſules, Judices & Senatores, Burgermeiſter / Gericht und Raht ſimul ſumti repræſentant comunitatem. In pagis Schultheiß/ Ge-

richt uñ Heimbürgen. *Hinc item & Syndicum in hoc foro illi ſoli conſtituunt. F. W. Landr. *p. 1. t. 16.* §. wo auch gantze Communen. ubi etiam de aliis Vniverſitatibus, quæ talia collegia eas repræſentantia non habent, ſimul diſponitur, ibi: Aber wo Zünfften/ Geſellſchafften/ und Handwercker jemanden in ihren rechtlichen Sachen Gewalt geben wolten/ ſoll daſſelbig allwegen mit dem mehrern Theil deſſelben geſchehen. addat. Plebſt, ad *J. P. VV. diſp. 1. theſ. 48. lit. b.* † Jure autem Saxonico Juramentum communitati, vel Collegio delatum, non per Syndicum vel Procuratorem, ſed per 3. aut 4. ex collegarum numero præſtari debet. Conſt. Elector. *part. 1. cap. 13.* quod & firmat *l. municipibus. 97. d. condit. & demonſtrat.* Ordinat. Cam. *part. 2. cap. 10.* §. würde aber. Gail. *d. P. P. c. 7. num. 16.* Rauchbar. *1. quæſt. 8. num. 14.* Et quamvis Dd. noſtri, in mandato communitatis, auctoritatem ſuperioris, & expreſſionem nominum ſingulariter requirant; etiam ubi major pars conſtituit procuratorem; Mynſing. *3. obſerv. 18.* ubi dicit, tantùm nomen collectivum requiri: Burgermeiſter/ Raht und alle Burger; Attamen ex conſuetudine generali, jus Civitatis, in Conſules & Senatum translatum eſſe à populo, ait Meichſnerus, *tom. 2. lib. 2. dec. ult.* * Dn. Caſp. Ziegler, *in comm. concl. ad Prax. aur. Nicol. Calvol.* §. *Civitas. concl. 1. n. 71.* Dn. Brunnem. *ad l. 6. ht. n. 1.*; Dn. Mev. *p. 2. deciſ. Viſmar. 36.* Ac proinde nec Superioris requiritur decretum; argum. *l. unic. Cod. d. theſ.* ibi: *ſuperfluum poſtulare, quod iam permiſſum eſt*, junct. arg. *l. 3. ht. & modo dictorum.* communiter DD. juxta Loſæum, *d. Jur. Univerſ. part. 2. cap. 1. num. 22.* Dn. Autor. *d. Univerſ. theſ. 4.* Dn. Lauterbach/ *d. Syndic. th. 34.* utique niſi moribus unius vel alterius loci aliud obtineat; qui in tota hac materia præprimis attendendi, ad exemplum Pauli, qui in *l. 6. princ. & §. 1. h. t.* ipſemet ad conſuetudinem bis provocat. Dn. Præcept. Lauterbach/ *alleg. theſ. 34.* Vide tamen Carpzovium, *Crimin. quæſtion. 105. numer. 15.* Neque etiam expreſſio Civium & (ut de aliis quoque Vniverſitatibus loquamur) ſubſcriptio, omnium ac ſingulorum conſtituentium præciſè neceſſaria eſt; Sed ſufficit regulariter Nomen collectivum, certam juris determinationem habens, v. c. Capitulum, Vniverſitas, Civitas, Collegium, Conventus & ſimilia. Id quod tamen limitandum, in caſu, quo tale inſtrumentum Syndicatûs incipit & ſubſcribitur per nomina ſingularia, ejuſmodi corpora, deſignantia

nantia, ut, ſi ſcribatur: Nos Canonici talis Eccleſiæ, cives talis municipii: tunc enim omninò ſingulorum nomina exprimi debere; eò quòd aliàs hæc ſubſcriptio etiam in duobus poſſit verificari, docet Mynſing. *d. obſ. 18.* niſi in tali ſpecie adjecta ſit particula univerſalis, v.c. Omnes cives illius municipii; quippe quod æquipollet collectivo. Vid. Dn. Lauterbach/ *alleg. diſp. theſ. 76. & 77.* ubi fuſiùs examinat: Quorum expreſſio & ſubſcriptio in hoc Syndicatûs inſtrumento requiratur; imò an etiam ſubſcriptio præcisè requiratur? An verò, abſque ulla ullius ſubſcriptione, ſigillô Vniverſitatis tantùm munitum, ſubſiſtat & valeat? Confer etiam Capzov. *cit. loc.* Dn. Hahn. *ad VVeſemb. hic. n. 4.* & omninò Dn. Brunnemann, *add. l. 6. h. t. n. num. 2. & ſeqq.* ubi multa elegantia. † Hoc amplius puto, ſuperioris conſenſum, etiam in municipalibus civitatibus non requiri; cùm rem lis ea concernit, quæ ipſorum eſt relicta adminiſtrationi, argum. *trad. à me in tr. d. univ. c. 4. num. 4.* * id quod in hoc VVürtembergico foro videtur extra dubium eſſe: argum. *d. §.* wo auch. quodcunque enim, uti dictum, jure communi eſt conceſſum, illud ſpecialiter non eſt impetrandum, *d. l. un. C. d. theſaur.* Sed poteſtas Syndicum conſtituendi apud nos Conſulib⁹, & Senatui, Burgermeiſtern/ Gericht und Rath ipſo jure eſt conceſſa. *d. §.* wo auch gantze Communen; ibi: Mögen ſie durch Burgermeiſter/Gericht und Raht einen taugenlichen Syndicum oder Anwald beſtellen und vollmächtigen. E. † Cœterùm quod attinet vel municipales & imperiales, aut liberas civitates, puto, reſpiciendum eſſe, * primò omnium ad cujuſque loci conſuetudinem, per *d. l. 6. princ. & §. 1. h. t.* † dein apud quem ſit *ἀξίωμα* ſeu ſummum jus civitatis, aut cujuſque Vniverſitatis: Si enim Ariſtocraticè gubernetur, ſufficit Optimatum conſenſus; * ſive Conſulum & Senatorum, quippe in quibus, uti d. ſolis omnis populi poteſtas reſidet. Atque de hiſce civitatibus accipi debent illi DD. qui in Syndici conſtitutione Tribunorum plebis conſenſum excludunt. Licet enim, in Ariſtocraticis etiam civitatibus, Opificibus ſua ſint collegia; attamen ea tantùm eſſe exercendi opificii cauſa, non ad ſuffragia ferenda, ac propterea etiam non Tribus; ſed ſodalitates plerumque appellari, nemo eſt, qui neſciat. Dn. Lauterbach/ *d. loc. §. 33.* † ſin à Democraticè; opus erit etiam eorum aſſenſu, qui plebem repræ-

ſentant, ſive jam ſint Tribuni, Gilden- oder Innung Meiſter/der gröſſere Raht/hundert Männer/ Anciani, &c. præſertim in cauſis majoris momenti; à qua Theorica non diſſentit Rauchbar. *lib.2.q.1.* *Bruñ. *ad d.l.6.n.2.*† & conferunt, quæ dixi in *diſc.de iure Imp.Civ.in immunit. Relig.* juncto *tr.d.Monarchia.fol.64.n.9.& 10.* *V. Dn. Lauterbach/ *alleg.th.33.*† Dubitatum autem memini, in cauſa quadam ex inferiori Saxoniâ ad Collegium noſtrum delatâ: An poſſit procurator in animam Vniverſitatis jurare, ſi aliqui diſſentiant, & de eorum diſſenſu conſtet? Sed cùm, in his cauſis, majora concludant, *l.nulli.3.ubi gl.ff.b.* nil, puto, operari aliquorum diſſenſum. Pertinet etiam huc diſtinctio, quam tradit Peguera, *deciſ.71.* ad multarum cauſarum deciſionem conducens: Quando res eſt ſingulorum, ut ſingulorum, & movetur cauſa contra ſingulares, tunc omnes & ſinguli ſunt citandi, & non jurati, nec Syndicus Vniverſitatis: ſicque ſententia non afficit Vniverſitatem, ſed ſolùm ſingulares citatos, nec pertingit ad eos, qui poſteà incolæ fiunt. Si cauſa ſit Vniverſitatis, ut Vniverſitatis, puta ſi concernat jura & bona Reipublicæ, quæ per conſequens tantùm civibus proſunt, nec in quibus ſingulares participant, tunc non citantur ſingulares; ſed ſolùm jurati, aut Syndicus vel alii, caput repræſentantes, nec ſententia ſingulos afficit. Sic pariter ſi cauſa ſit Vniverſitatis, ut ſingulorum: puta nemora & paſcua publica, vel alia jura ac immunitates, principaliter commodum civium ſpectantes concernens: tunc quidem etiam non citantur ſinguli, ſed qui civitatem repræſentant. Verum ſententia nocet & operatur exceptionem rei judicatæ contra omnes præſentes & futuros cives, etiam diſſentientes: iiq; contra venientes puniri queunt. ** Porrò, an charta vacua, ab Vniverſitate ſubſignata vel ſubſcripta, ſed non conſcripta, quam vulgo Blancetum ſive chartam Biancam, in vernacula blanckhet/ appellare ſolent, loco inſtrumenti Syndicatus ſufficiat? tractat Carpzovius, *p.1.conſt.1.defin.28.* & Matth. Berlich. *p.1.concluſ.14.num.91.* ubi ambo hoc negant; etiamſi expreſſis verbis in ſubſcriptione adjectum ſit: Hoc eſſe mandatum in hac vel illa cauſa; cùm ſuſpicio falſitatis per id non removeatur. Limitat tamen hanc ſententiam Berlich. *ibid. num.96.* ſi Syndicus, ad ejuſmodi Blancetum, victoriam obtinuerit, & poſtea, ſciente atque conſentiente Univerſitate, illud compleverit, integrumque mandatum, cum ſolitis clau-

clauſulis in eo perſcripſerit; quô caſu id exiſtimat per ratihabitionem Civitatis confirmari; ſubnexô præjudiciô. Sed hôc inſuper habitô, de hujus limitationis veritate vel maximè dubitat celeberr. Dn. Lauterbach/ *d. D. theſ. 78.* †

TIT. V.
DE NEGOTIIS GESTIS.

28. *Si quis alterius negotia ſine mandato gerat; accedens ratihabitio parit actionem mandati.*

QUoniam magna utilitas abſentium verſatur, ne indefenſi, rerum poſſeſſionem, aut venditionem patiantur, vel pignoris diſtractionem, vel pœnæ committendæ actionem, vel injuria rem ſuam amittant: æquum ideoque eſt viſum, ut, ſi quis abſentis negotia geſſerit, licet ignorantis; tamen, quicquid utiliter in rem ejus impenderit, vel in rem abſentis obligaverit, id recuperare poſſit. Viciſſim, cùm non debeat ex illa geſtione dominus capere aliquod damnum; itaque ſi quis negotia alterius ſine mandato gerat, eo nomine ultro citroque conſtituitur actio, quæ vocatur Negotiorum geſtorum. *l. 1. & 3. in princ. ff. h.* Et quidem directa Domino datur; contraria negotiorum geſtori. *§. 1. Inſt. de obl. qua. ex quaſi contractu naſc.* Aliquando tamen etiam competit utilis actio, per extenſionem legis, ex quadam æquitate. *l. actio. 47. §. 1. ff. h.* At vero ſi quis aliena negotia abſque mandato gerat, & poſtea domini ratihabitio accedat; ratihabitio tùm retrotrahitur, * *l. ſi fundus. 16. §. 1.* ibi: *voluiſſe eum, retrò recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit. ff. d. pignorib. cap. ratihabitionem. d. R. Jur. in 6.* † & comparatur mandato: * *l. vero. 12. §. 4.* ibi: *Rati enim habitio mandato comparatur. d. ſolutionib. l. Prætor. 1. §. 14.* ibi: *ſecundum Sabinum & Caſſium, qui ratihabitionem mandato comparant. d. vi & vi armat.* * ita, ut (quoad firmitatem Negotii) idem ſit, acſi ratum habens ab initio mandaſſet. Dn. Tabor, *in Addition ad Auguſt. Barboſ. lib. 16. c. 4. axiomat. 14. declarat. 2.* Mantic. *d. T. & A. convention. tom. 1. l. 7. tit. 2. n. 9. pag. 429. in fin.* † patiturque exinde actio mandati, arg. *l. licet. 56. ff. d. iudic. l. ult. C. ad SC. Macedon. l. antepen. C. d. donat. int. vir. & ux.*

Digitized by Google

& ux. Et ita regula eſt juris: Si quis ratum habuerit, quod geſtum eſt, obſtringitur mandati actione. *l. ſemper. 60. de Regul. iur.* Multa huic definitioni obſtare videntur; de quibus agunt Pacius, *2. ἐναντ. 53.* Paul. Buſius, *5. ſubtil. 6.* Hilliger, ad Donell. *15. c. 15. lit. C.* * Matthæ. *ad. l. 60. d. R. Jur.* Hier. Treutl. *vol. 1. D. 9. th. 6. lit. B.* Bronch. *cent. 2. aſſert. 47.* Grev. *exercit. 5. theſ. 6.* Ant. Fab. *in ration. ad l. 6. §. 9. ff. h. t.* qui pleriqne, ad conciliandos graviſſimè ſibi invicem obſtantes textus, diſtinguunt: An meum negotium meâ quoqne contemplatione; an verò alienum negotium meo nomine; aut meum negotium non meo nomine fuerit geſtum? ut priore quidem in caſu, ſuperveniente ratificatione, detur Actio mandati. *d. l. 60. d. Regul. iur. l. licet. 56. d. iudic. l. ult. Cod. ad SCt. Macedonian.* (ſic tamen, ut Actio negg. geſtor. non excludatur; ſed cum illa concurrat. Dn. Brunnemann, ad *l. 6. §. 9. num. 3. ff. h. t.*) poſterioribus verò caſibus actio negotior. geſtorum competat ſola. *d. l. 6. §. 6 & 9. l. 9. h. tit. l. 50. princ. infra, Mandat. l. 7. Cod. quod cum eo, qui in alien. pot.* Rationem hujus diſtinctionis adſignat Faber, *d. loc.* cui accedit poſt plures, quos adducit, Brunnemannus, ad *l. 6. num. 3. h. t.* ubi vide. Alias varias hujus difficultatis reſolutiones proponit Gloſſa, ad *d. l. 6. §. 9. h. noſtr. tit.* Quas tamen, unà cum priori, pleraſque omnes improbat Bachovius, *ad Treutl. volum. 1. diſputat. 11. theſ. 6. lit. B.* † Ego propter *l. 6. §. 9. & 10.* item propter *l. Pomponius. 9. ff. h.* & *l. ſi is qui negotia. 50. ff. Mandati,* tutiſſimum eſſe puto, ſi dicamus: Cum actione mandati, concurrere actionem negotiorum geſtorum; & in arbitrio geſtoris ſitum eſſe, vel propter ratihabitionem mandati actione contrariâ, vel contrariâ negotiorum geſtorum actione, adverſus dominum ratihabentem, experiri: ratihabitio enim actionem mandati dare; non invito negotiorum geſtorum actionem adimere quivit. Quemadmodum & ratihabitio domini non ejus efficaciæ eſt, ut contra eos, qui negotia geſſerunt, domino, ob ratihabitionem ſuam, mandati actionem tribuat directam; quod de caſu accipio *l. 9. & 19. C. h. t.* Ratihabitio enim ſubſequuta novam mandati obligationem ei, qui negotia geſſit, parere poteſt, ſi velit; non vero ipſi ratum habenti: ne aliàs ſuo facto obliget alium nolentem. * Tandè cum Baldo hîc diſtinguit Bachovius: (cujus etiam doctrina omninò præferenda) An ratihabitio concurrat quodamodo cum ipſo actu, an non? ſive, ut lo-

quitur

quitur conſentiens Franzk. An eadem interponatur, dùm negotium adhuc geritur; an verò negotiô jamjam confectô? ut priore in caſu verus mandati contractus celebretur, & ſic mandati quoq; Actio competat. Poſteriore autẽ caſu ſubſit quaſi contractus, negotiorum videl. Geſtionis, atq; adeò etiam detur actio negotiorũ geſtorum: Cùm enim, in priori ſpecie, concurrens domini voluntas & necdùm perfecto actu ſuperveniens conſenſus negotium determinare poſſit, Franzk. *h. t. num. 13.* & ipſam geſtionem concomitetur; Hahn. ad *VVeſembec. hic num. 4.* rectè utique dicitur: negotium domini voluntate eſſe geſtum; & proinde competere actionem mandati. Bachov. ad *Treutl. Volum. 1. D. 11. theſ. 6. lit. B.* Ubicunqne enim Domini voluntas, præcedens vel concurrens, eſt cauſa Geſtionis, ibi actio mandati, tùm Directa, tùm Contraria, arg. eorum, quæ tradit Joh. Schneidew. *ad §. 28. Inſt. d. Act. n. 15.* naſcitur haud dubiè. Bald. ad *l. 9. C. h. t.* Dn. D. Bardili, *diſp. d. ratih. θ. 35.* Franzk. *c. l.* Quando autem negotium jam eſt abſolutum & planè confectum, tunc jamjam quæſita & nata eſt actio negotior. geſtorum; ad quam tranſmutandam ratihabitio ex poſt facto fruſtra interponitur. Bald. *ad l. obſervare. §. poſtulare. d. offic. Proconſul. num. 1.* Paul. d. Caſtr. *in l. Julianus. 11. ff. qui ſatiſdar. cogant. num. 3.* Barſchamp. *d. clauſul. cap. 6. num. 54.* Vnde Baldus *d. loc.* Ubi Geſtio, inquit, eſt cauſa voluntatis, ibi oritur actio negotior. gg. Franzk. & Bachov. *dd. in locc.* Et ſanè, ſi (quod vulgò volunt) vera eſt differentia mandatarium inter & negotiorum geſtorem, quòd ille etiam de leviſſima ſeu minimâ *(l. 13. l. 21. Cod. d. mandat.)* hic ſaltem de levi culpa teneatur; valdè utiq; durum foret, dominum ſuâ ratihabitione efficere poſſe, ut geſtoris obligatio per eandem augeatur. Bachov. *d. loc.* Videant. dd. Dd. *dd. in locc.* & aliquatenùs Dn. Præceptor Lautterbach / *d. Syndic. theſ. 85.*†

29. *Si quis negotium commune gerat, ita demum negotiorum geſtorum actionem habet, ſi ſuum is negotium gerere potuerit ſeparatim.*

IN *l. 40. h. t.* ita reſpondet Paulus JC. *Si communes ædes tecum habeam, & pro tua parte damni infecti vicino cavero, dicendum eſt: quod*

quod praſtitero, negotiorum geſtorum actione potiùs, quàm communi dividundo poſſe me petere; quia potui partem meam ita defendere, ut ſocii partem defendere non cogerer. Potuit ſanè ſocius, qui de damno infecto cavit, ita defendere ſuam partem, ut tamen ſocii partem defendere non cogeretur: Eo namque caſu, quo partem ſocii non defendiſſet; potuiſſet adverſarius mitti in poſſeſſionem partis indefenſæ. Quoties enim plures domini ſunt ædium vitioſarum, pro ſua tantùm quiſque parte promittere debet, ne ſinguli in ſolidum obligentur. *l. plures. 27. l. ex damni. 40. §. pen. d. damn. infect.* * (non obſtant. *l. 23. ff. eod.* ad quam reſpondet Dn. Brunnemann, *ibid.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. D. 10. theſ. 3. lit. H.*) † Ergò hoc caſu negotiorum geſtorum actio competit, non comuni dividundo: * & conſequenter particula, potius, in hac ipſa *l. 40. noſtr. h. tit.* non comparativè; ſed electivè erit exaudienda; id quod & aliàs, circa tales particulas, in jure non eſt infrequens. Videatur *l. 6. §. 3* ibi: *in rem magis eſt. Si ſervit. vindicet. l. 1.* ibi: *magis adpraſtationes. commun. divid. l. 3.* ibi: *iuris magis quàm corporis. d. bonor. poſſeſſ.* † Sicque ſemper, ſi commune negotium ſocius gerat, in quo partem ſuam non potuit rectè adminiſtrare, comuni dividundo judicio eſt locus: * (Adde tamen Brunnemann. *ad l. 40. ff. h. t.* Bachov. *ad Treut. v. 1. D. 10. th. 3. lit. G*) † Si potuit; habet negotiorum geſtorum actionem, eâque tenetur. *l. 6. §. 2. com. dividund. l. 19. C. h. t.* * Addat. *l. ſive. 3. C. eod.* Franzk. *in Commentar. π. h. t. num. 5.* Pac. *centur. 2. quaſt. 63.* Garſias, *d. Expenſ. cap. 19. num. 5.* Donell. *comment. l. 15. cap. 15.* Dn. Brunnem. *add. l. 40. h. t.* Vide tamen Bachov. *alleg. in loc. lit. G.* ubi docet: Quòd, ſi negotium quis geſſerit individuum, Judicium diviſorium tantùm obtineat: Si verò negotium geſſerit dividuum, utrâque & negotior. gg. actione & judicio diviſorio, fam. erciſc. vel comm. divid. experiri queat. † Multùm autem refert, an negotiorum geſtorum actio, an verò familiæ erciſcundæ, aut communi dividundo detur. Actione namque communi dividundo, vel familiæ erciſcundæ, ſocius non poteſt partem ſumptuum aliter recuperare, quàm ſi probet, ſe ad defendendam ſocii quoque partem plus erogaſſe, quàm fuerat erogaturus, ſi ſolam ſuam partem defendiſſet. *l. ex parte. 39. fam. erciſc.* Graviter obſtare videtur noſtræ enunciationi *l. 31. §. ult. h. t. n.* ubi reſpondetur: *Uno defen-*

defendente cauſam communis aquæ, ſententia prædio datur; ſed qui ſumptus neceſſarios probabiles in communi lite fecit, negotiorum geſtorum actionem habet. Videtur hîc, actionem communi dividundo dari, & eam adhiberi diſtinctionem, quæ adhibetur in actione communi dividundo; aut familiæ erciſcundæ: Socius enim hîc aquam pro indiviſo communem defendit, & cauſam habuit gerendi negotii communis, propter partem ſuam: eſt etenim res communis ita uniuſcujuſque ex ſociis, ut nihil poſſit demonſtrare ſuum, quod alterius non exiſtat. *l. illud. 46. d. ritu nuptiar.* eamque propter rationem, quilibet ex ſociis, licet non niſi partem habeat, poteſt tamen rem totam quodammodo dicere ſuam. *l. Servi. 5. §. 1. & 2. infra, d. legat. 1. d. l. illud. d. ritu nupt.* junct. *l. meritò. 51. pro ſoc. l. item. 15. §. ſi communem. 36. d. iniur.* Ad hanc difficultatem reſpondet Anton. Faber, *ad d. l. 31. h. t.* Potuiſſe hîc ſocium partem ſuam communis aquæ, *id eſt*, ſervitutis aquæ, ita defendere, ut tamen ſocii partem defendere non cogeretur. Poſſe enim ſervitutem per partem retineri, quamvis per partes nequiverat acquiri. *l. ut pomum. 8. §. 1. d. ſervit. cum ſimil.* Sed nullo modo hæc reſponſio ſufficiens eſſe poteſt: cùm quippe *in d. l. 6. §. 2. communi divid.* diſertè tradatur, tùm domùm negotiorum geſtorum actionem dari, cùm partem ſuam expeditè, ſine parte ſocii, adminiſtrare ſocius non poteſt. Hîc autem communem aquam defendere ſocius nequivit, quin ſocii quoque partem tueretur. Rectius ergò conciliationem petimus ex *l. arbor. 19. §. 2. & 4. ff. commun. divid.* ex quibus patet, judicium communi dividundo, regulariter ſervitutum nomine paratum non eſſe. Vndè ad negotiorum geſtorum actionem JC. neceſſariò recurrit, *in ſupra d. l. 31. h. tit. n.* * Conferatur ad eandem hanc *l. 31.* acutiſs. Bachovius, *ad Treutl. Volum. 1. diſput. 10. theſ. 3. lit. H.* † Obſtare etiam videtur *l. filia. 18. §. 1. C. fam. erciſcund.* Ubi alternativè familiæ erciſcundæ, vel negotiorum geſtorum judicium, ob res in communem hereditatem impenſas conceditur; ad quam cùm Paul. Buſius, *1. ſubtil. cap. 18.* pro more, ſolidè doctèque reſpondeat, ejusdem ſcrinia non compilabo.

Digitized by Google

30. *Negotiorum geſtor, ex natura quaſi contractus illius, etiam ob culpam leviſſimam, tenetur.*

QUamvis Clariſſ. JC. Hugo Donellus, *com. lib. 16. cap. 7.* & *ad l. 11. C. mandat. num. 18. & ſeqq. & num. 31. &c.* nullam culpam leviſſimam agnoſcat; ſed re & jure eandem eſſe culpam leviſſimam cum levi velit, ac eandem utriuſque definitionem eſſe, perſuadere ſatagat; ſicque nodos inextricabiles, cùm nempè acriter nonnunquam diſceptatur: culpane levis vel etiam leviſſima præſtanda ſiet, gladio quaſi, ut olim Alexand. M. nodum Gordium, diſſecare & conſcindere conetur; * à quo non multũ abeſt noviſſimè Dn. Struven, *ad π. exerc. 7. th. 50.* ibi: *optimè ejuſmodi tricæ extricari poſſunt, ſi, quoad præſtationem culpæ, in contractibus, inter levem & leviſſimam non agnoſcas differentiam.* & uberiùs *exercit. 19. theſ. 41.* ubi vid. † Veriùs tamen ii mihi ſentire videntur, qui culpam, caſum, & dolum, ſpecie quidem differre: Culpæ verò nullas ſpecies (majus etenim & minus haut conſtituunt genera rerum. *l. ult. d. inſtruct. legat.*) tres verò ſtatuunt gradus. * *l. 5. §. 2. ff. commodat. l. 47. §. 5. d. legat. 1. l. nec ſupina. 6. l. regula. 9. §. 2. d. iur. & fact. ignor.* Bachov. *ad Treutler. vol. 1. D. 26. theſ. 2. lit. a. verb. illud hic ſemel.* Vinn. *ad §. 2. J. quib. mod. re contr. oblig. num. 7. & 10.* Henric. Bocer, *in comm. ad l. 23. d. R. Jur. c. 3. num. 10.* Dn. m. Lauterbach, *ad π. tit. commod. §. 4. theſ. 3.* † Lud. Charondas, *3. veroſimil. cap. 9.* Jac. Curt. *conject. tom. 1. lib. 2. cap. 28.* Tiber. Decian. *tr. crim. lib. 1. cap. 6.* Culpa namque quò dolo & nequitiæ proximior, eò latior eſt; viciſſim eò levior habetur, quo non à ſcelere tantùm, ſed & à ſceleris ſuſpicione remotior exiſtit. Quemadmodum autem diligentia quædam exacta, quædam communis, quædam minor eſt. * V. Dn. G. A. Struven, *d. Exercit. 19. th. 17.* † Ita & culpa ea, ad dolum quæ accedit, lata; quæ fraude omninò caret, leviſſima, quæ media eſt, levis denominatur; quod & ad Donell. *d. c. 7. lit. F. M. & T.* docet Hilligerus. * Conferant. prolixè dd. Dd. *dd. in locc.* † At negotiorum quod attinet geſtorem, illum communiter Dd. de dolo tantùm, culpa lata atque levi; non etiam de leviſſima, teneri volunt: niſi alius quis ſe ad gerendum obtuliſſet, atque adeò ipſe omni culpâ vacare potuiſſet;

quam

Digitized by Google

quam quoque opinionem defendit M. Anton. Delrio, *ad l. contractus. cap. 14. infr. de Reg. iur.* Arumæ. *exercit. Juſtinian. 15. theſ. 11.* Mart. Schickardus, *diſp. ad Inſtit. 15. th. 6. ad lit. b.* & *in reſol. quæſt. 1.* *Ant. Faber, *in rational. ad l. 11. ff. h. t.* Bocer, *Claſſ. 3. D. 11.* Franzk. *Exercit. Juſtin. 11. quæſt. 7.* & *ad π. h. t. n. 29.* Brunnemann, *ad l. 11. h. t.* Sichard. *ad l. 20. Cod. h. t.* & præ aliis operosè Gothofredus Antonius, *Diſput. Anti Vultesan. 4.* & Gothofredus Fibig. *in Colleg. legal. Diſput. 11. quæſt. 7.* ubi vide omninò. † At ego deſerere non poſſum patrocinium eorum, qui in negotiorum geſtorum actionem, etiam leviſſimam culpam venire volunt; qua in ſententia eſt Cujac. *tract. 5. ad African. in explicat. l. 108. §. cùm quid tibi. de legat. 1.* Donell. ibique Hilliger. *15. cap. 15. F.* Vultej. *diſcept. Scholaſt. cap. 15. fol. mih. 133. &c.* Ant. Matthæ. *in not. ad Inſt. §. 1. Inſt. d. obl. qua. ex quaſi contr.* Andr. Gerhardi, *diſp. Inſt. dec. 16. q. 1.* *Arnold. Vinnius, *ad §. 2. J. d. obl. q. q. ex. contr. num. 3.* Bachov. *ad Treutler. vol. 1. D. 10. th. 5. lit. C. & D.* Harpprecht, *ad d. §. 1. num. 41.* Dn. Struven, *ad π. Exercitat. 7. th. 50.* Hahn. *ad VVeſembec. hîc. num. 10. verb. aut culpa.* ubi laudat Conſ. Johannem Wurmſerum, *in nucl. J. C. ad Inſt. t. d. obl. q. q. ex contr. 1.* & Chr. P. Richter / *p. 1. conſil. 16. num. 11. & ſeqq.* † Adduco primò rationem æquitatis manifeſtæ: Aliena quippe negotia, exactô officiô geri debent, néc quicquam in eorum adminiſtratione neglectum aut declinatum, culpâ vacuum cenſeri debet. *l. in re mandata. 21. C. mandati.* Ut namque rei propriæ quiſque eſt arbiter & moderator, ita ut ex liberrima animi ſententia, etiam negligentiſſimè in illa verſari poſſit: ſic econtra, æquum eſſe nemo non videt, ut, qui aliena negotia, ſponte, non coactus ſuſcipit gerenda, haut ex proprio arbitratu, ſed exactiſſimâ diligentiâ adminiſtret. Ac quemadmodum mandatarius leviſſimam culpam luit; **l. 13. l. 21. C. mandat.* Vinn. *l. 1. q. 52.* Carpz. *p. 2. cap. 20. d. 11. num. 6.* Johann. Cōpppen, *lib. 2. obſ. 59. num. 2.* Celſ. Bargal. *tr. d. dol. lib. 5. cap. 4. num 30.* † ita pariter negotiorum geſtor, quique non imploratus rei ſeſe admiſcet alienæ, qui ſponte ſuâ, non etiam rogatus, ad negotia gerenda accedit, atque ſe offerendo, induſtriam ſuam in adminiſtrando profitetur, ad idem, ex jure meliori, alligatur: cùm mandanti imputari queat, quòd elegerit hominem negligentem, arg. *l. 21. in f.* ibi: *quod imprudenter eum elegeris. ff. h. t.* cujus conditionem vel ſcivit, vel non ignorare debuiſſet: in

eo verò, cujus abſentis vel ignorantis negotia geruntur, ejuſmodi nulla ſit culpa. * Vinnius, *ad d. §. 1. J. d. obl. ex q. contr. num. 3.* Ungepaur, *exercit. Juſtin. 12. q. 8. pag. 582.* Harppr. *d. loc. num. 50* †. At ais, nemini debere damnoſum eſſe officium, quod ejus, cum quo contraxit, non etiam ſui commodi cauſa ſuſcepit. *l. ſi ſervus. 61. §. quod vero. 5. d. furt.* Hincque *in l. 5. §. 2. infra, commodat. cum ſimil.* contractuum naturam ita in genere definitam eſſe, ut is cujus nulla utilitas in contractu verſatur, dolum præſtet duntaxat, & latam culpam; ſi utriuſque, dolum & culpam, ſin alterutrius, leviſſimam quoque. Ex quo omninò dicendum videtur, negotiorem geſtorem, cùm commodum tantùm domini, non proprium ſpectet, nil quicquam, niſi dolum & culpam latâ, præſtare debere. Sed tamen & contractus quidam reperiuntur, in quibus nulla eſt utilitas accipientis, ſuſcipientis, adminiſtrantis; & is tamen culpam & diligentiam æquè ac commodatarius jure præſtat; ex quadam nimitum æquitatis ratione ſingulari, veluti geſtor, tutor, procurator. Tutori etenim committuntur negotia pupilli, qui rem ſuam tueri nequit; cujus negotia qui non ſtrenuè gerit, non poteſt non juſtè damnari. (Vid. tamen Dn. Lauterbach / *ad π. tit. Commod. §. 4. num. 5. in fin.* ubi magnam, commodatarium inter & tutorem, differentiam relinquit.) Similiter & procurator, ac adhuc magis negotiorum geſtor, qui ſe negotio gerendo offert, omni culpa vacare debet, *l. 1. §. ſæpè. 35. infr. depoſ.* Nec eſt, quòd quem moveat utilitas communis, quæ promovetur, ſi negotia abſentium, qui ſubitâ feſtinatione coacti, nulli demandatâ ſuorum negotiorum adminiſtratione, peregrè profecti ſunt, negotia deſererentur. *§. 1. Inſt. d. obl. qua quaſi ex contractu.* Nemo autem ea curaturus videtur, ſi ad exactiſſimam diligentiam ſic ea gerere cogeretur, ut etiam leviſſimam culpam præſtet. Ut & quidam, inter mandatarium, negotiorumque geſtorem, ex hacce ratione differentiam hîc facere videntur: propterea quòd hic, puro amore abſentis, ad id impelli; mandatarius verò precibus vel juſſu compulſus videatur. Ad hæc enim reſponſio eſt in promptu. Utile quidem eſſe abſentium negotia geri; at cum utilitate: minuſque culpâ vacare eum, qui deſerit, quàm qui non optimè gerit negotia aliena, ad quæ forſan alius acceſſiſſet; & ut jam ſupra dixi, minus videtur conqueri dominum poſſe, ſi is, qui ipſius rogatu negotium minus diligenter gerit (utpote cùm potuerit ſci-

Digitized by Google

re, diligensne vel negligens ſiet) quàm de eo, qui non imploratus abſentis negotia ultrò adminiſtrat; & facit *l. heredes. 25. §. non tantùm. 16.* ibi: *quoniam cum coherede non contrahimus, ſed incidimus in eum. ff. fam. erciſcund.* Quod ita tamen eſt intelligendum, ut ſi quis acceſſerit ad res perituras, nullo ſe offerente, is ſolum præſtet dolum. *l. 3. §. 9. h. t.* Quia hìc non eſt, quod dominus queratur, ſed ſibi potiùs gratuletur, quòd non perierit res tota. Firmatur porrò ſententia noſtra textibus ſat claris: ita enim ait Imp. Juſtinianus, *in §. 1. Inſt. d. obl. quæ quaſ. ex contractu. Sicut is, qui utiliter negotia geſſit, dominum habet obligatum negotiorum geſtorum: ita & contra, iſte quoque tenetur, ut adminiſtrationis reddat rationem: quo caſu ad exactiſſimam quiſque diligentiam compellitur reddere rationem. Nec ſufficit talem diligentiam adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet: ſi modò alius, diligentior eo, commodiùs adminiſtraturus eſſet negotia.* Non hìc audiendi ſunt ii, qui exactiſſimam interpretantur pro exactâ, & ex ſuperlativo faciunt poſitivum. Nec etiam accedere poſſum eorum interpretationi, qui putant, non regulam, ſed exceptionem, eo loci, ab Imperatore proponi: quaſi nimirum tùm demùm ad exactiſſimam diligentiam obſtrictus ſiet negotiorum geſtor, quando aliquis diligentior adfuit, eoque remoto vel non admiſſo, quis ſe adminiſtrationi quaſi intruſit; * quod propugnat Brunnemannus, *ad d. l. 11. h. n. tit.* & vulgo DD. † Non enim facilè aliquis mihi perſuadere poteſt, Juſtinianum in juris hiſce elementis, exceptionem tam operosè inculcâſſe; regulâ, contra methodi leges vulgares, omiſsâ. Ac id etiam non admittunt verba: quiſq; compellitur, *i. e.* omnis in univerſum negotiorum geſtor. At verò illa verba: *ſi modò alius diligentior &c.* non totam periodum reſtringunt, & ad ſpecialem alligant caſum; ſed potiùs explicant, quid exactiſſima diligentia habeatur: ea nempè, non quam negotiorum ille geſtor adhibet in rebus ſuis, ſed quâ diligentiſſimus quiſque, commodè ejuſmodi negotia adminiſtraret. * Vid. Vinnium, *ad ipſum hunc §. 1.* Bachov. *cit. loc.* qui contra Treutl. hæc acerrimè perſequitur. † Adducunt porrò pro hac noſtra ſententia *l. ſi mater. 24.* ibi: *cùm omnem diligentiam præſtare debeat. C. d. uſur. l. ſi negotia. 11. ff. h. t. l. heredes. 25. §. 16. fam. erciſc.* * quibus addit Dn. Struven, *l. ſi pupilli. 6. §. ult. h. tit. noſtr. l. 23. d. Regul. iur. loco*

ſupra alleg. ubi plura ad horum illuſtrationem, inprimis ex libr. Baſilic. adducit. Vid. fusè. Harpprechtum, *ad ſape cit.* §. *1. Inſtit. d. tit. num. 43. & mult. ſeqq.*† Non refragari videntur nobis Imperatores, cùm *in l. tutori. 20. C. h. t.* reſcribere videntur: dolum tantùm & latam, levemque culpam, à negotiorum geſtore præſtari. Nec enim ibi leviſſimæ culpæ ulla mentio apparet. At verò non ſunt Imperatorum reſcripta accipienda, quaſi regulæ juris, nec ex iis argumentum duci poteſt à contrario ſenſu, valdèque inibi periculoſum eſt, ab incluſione unius, ad alterius excluſionem, vel econtra, argumentari: cùm utpotè leges Codicis reſtrictæ utplurimum ſint ad caſus certos, factique ſpecies. certis circumſtantiis limitatas. Et ſic *in d. l. Tutori.* non quæſtio fuit principalis, quæ culpa præſtanda ſit à geſtore. Sed utrum, qui alterius negotia gerere cupit, debeat gerere univerſa. Id quod in geſtore negatur, in eoque ſolùm tutor à negotiorum geſtore diſcrepare ſancitur; cui univerſalis adminiſtratio omnium bonorum incumbit. Poteſt & ad hanc l. ita reſponderi: Sub vocabulo culpæ levis, leviſſimam intelligi debere. Nec enim abſurdum eſt, unam legem ex aliis ſuppleri, explicari, & verba ſecundum ſubjectam materiam capi. * Addat. Johann. Harpprecht. *cit. loc. num. 52. & ſeqq.* ubi etiam ad alios textus huic ſententiæ obſtantes, in ſpecie ad *l. fideiuſſ. 32. verſ. negotiorum. ff. h. t. d. N. G. l. ſi pupilli. 6. §. fin. eod. h. tit. l. quicquid. 7. Cod. arbitr. tutel.* reſpondere conatur; & Dn. Struven, *ſupra alleg. theſ. 50.* & in *Evolut. LL. controverſ. in d. theſ.* ubi porrò adducit, *l. 11. ff. l. 17. C. h. t. l. 33. l. 13. §. 1. l. 10. d. adminiſtr. tutor. l. 2. C. ſi tut. vel curat. non geſſ. l. 3. §. 9. h. t.* & ad illas reſpondet. * Illud equidem certum eſt, quòd ſi quis (*ut ſupra d.*) ex ſingulari affectione erga abſentem, eius negotia aliàs peritura gerenda ſibi ſumſerit, tantùm de dolo & (quæ in contractibus ſub dolo continetur. *l. 226. d. V. ſignif. l. 1. §. 5. d. O. & A. l. 8. §. 3. d. precar.* ita ut ne quid. per particulam taxativam ſolummodo, quâ in textu mox allegando utitur Ulpianus, à Dolo ſeparetur. *dd. legib.*) culpâ latâ geſtor tenetur. *l. ait. 3. §. 9. hoc noſtr. tit.* Harppr. *d. l. num. 61.* Molina, *d. J. & J. tract. 2. diſp. 553. num. 4.* Dn. Brunnemann, *ad l. 11. num. 1. ff. h. t.* Dn. Franzk. *Exercit. 11. quæſt. 7.* Vide tamen Bachov. *d. D. 10. th. 5. lit. E.* *Sed econtra nonnunquam de caſu quoque fortuito tenetur, ſi nempe negotia patriſamil. inuſitata tentaverit & inſolita

lita

Digitized by Google

ſita aggreſſus ſit, veluti: novitios venales coëmendo, negotiationem ineundo, &c. Vid. *l. 11. ff. h. t*, ad quam rectè Paulus Buſius & ex illo Brunnemannus, dùm, inquiunt, talia, contra domini conſuetudinem, quiſpiam aggreditur, in culpa eſt; quæ quia caſum fortuitum præcedit, non mirum eſt, & hunc eidem imputari. *l. 22. ff. eod.* Idem eſt, ſi ratio etiam aliàs geſtionem diſſuadeat, argum. *d. l. 11. h. t.* Vel ſi non ſit abſentis ulla utilitas, quam geſtor ſpectet, ut in caſu *l. 6. §. 3. eod. hoc tit.* Dn. Georg. Franzk. *ſæpe d. quaeſt. 7. n. 8.* poſt Manzi. Dn. Brunnemann. *ad l. 3. §. 9. ff. eod. n. 10.* † Quod autem, geſtorem ex leviſſima culpa teneri, idque magis ferè in illo, ac in Procuratore fieri debere, dixi; exinde etiam æquum eſſe apparet, eum maxumas ſive centeſimas uſuras præſtare, qui negotia aliena ultrò adminiſtrans, pecuniam in ſuos uſus convertit; *l. qui ſine. 38. ff. h.* ad quas tamen non obligatus eſt Procurator, pecuniâ domini utens. *l. idemque. 10. §. ſi Procurator. 3. mand.* gravius enim peccat is, qui ſponte ſuâ, domino ignorante, negotia gerit, & minorem ac Procurator, in alienis rebus, auctoritatem habet. Vid. Pacium, *2. ἐναντ. quaeſt. 65.* * Sed verò quòd & Procurator, ſi pecuniam mandantis in proprios vertat uſus, eaſdem has centeſimas ſive maximas uſuras præſtare teneatur, nullus dubitat Cujaci. & poſt illum Gothofredus, ad *d. l. 10. §. 3. ff. mandat.* Anton. Faber. *in rationalib. ad d. l. 38. d. neg. geſt. lit. b.* Bachov. *ad Treutler. vol. 1. D. 10. theſ. 4. lit. A.* & *ad prim. part. Digeſtor. h. n. tit. cap. 5. in fin.* meritiſſ. Dn. Præcept. Lauterbach / *ad π. tit. mandat. §. 2. num. 4. verſ. Uſura.* Nam & ad ipſum Generalis illa ratio, quâ movetur Triphoninus, *in d. l. 38.* ibi: *Quoniam ubi (ſive quoties) quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiave adminiſtrat, aut Magiſtratus municipii publicam in ſuos uſus convertit, maximas uſuras præſtat, &c.* haud dubiè pertinet. Nec minùs, quàm Tutores, etiam Procurator fidem tùm gratuitam, tùm integram, h. e. omni lucrô abſtinentem præſtandam habet, *l. 10. §. 3. & 8. l. 20. ff. mandat.* perindeque abutitur licentiâ à domino conceſſâ, (quippe quæ tantùm data eſt ad adminiſtrandum, *l. 1. de procurator.*) dùm ejuſdem pecuniam ipsô non requiſitô, invadit, & in ſuos vertit uſus, quàm vel Tutor & curator, vel ſpecificè ità dictus negotiorum geſtor. * Neque officit ab Autore in contrarium addu-

Digitized by Google

adducta *l. 10 mandat.* ſed potiùs hanc ipſam ſententiam confirmat; quippe cùm ibi, per uſuras legitimas, nihil aliud, quàm ipſæ centeſimæ ſignificentur; ut demonſtrat Bachovius, *ad Treutl. d. l.* & *vol. 2. D. 3. theſ. 4. lit. A.* & Anton. Faber, *cit. loc. lit. F.* * Unde ſi procurator etiam uſuras ab aliis domini debitoribus exactas in ſuos uſus converterit, etiam tunc ad uſuras centeſimas obligabitur, per textũ (ſecundùm propoſita.) expreſſum in *d. l. 10. §. 3. in fin. d tit.* Dn. Lauterbach/ *cit. loc.* ita ut nihil hîc contra *l. fin. Cod. d uſur.* (in qua uſuræ ex uſuris & Anatociſmus graviſſimè prohibetur) ullatenùs fiat; argum. *l. 58. §. 1.* ibi: *id quod ab alio debitore, nomine uſurarum, cum ſorte, datur ei, qui accipit, totum, ſortis vice fungitur, vel fungi debet. ff. d. adminiſtr. & peric. tutor.* poſt Carpzov. *d. Aſyl. debit. poſit. 30. numer. 36. & ſeqq.* Dn. Struven, *ad π. Exercitat. 27. theſ. 51.* ac omninò colendiſſ. Dn. Præcept. Dr. Frommann/ *in accuratiſſ. Diſſertat. d. Anatociſmo. theſ. 19. & præcedentib.* *Et quamvis, quæ hucuſque ſunt dicta de uſuris centeſimis, tàm circa procuratores quàm negotiorum geſtores, & ſimiles, jure Codicis correcta eſſe, contendat Rauchbar, *part. 2. quæſt. 26. numer. 28.* per *l. 26. Cod. d. uſur.* junct. *l. fin. d. conſtitut. Princip.* attamen non abs re hanc ſententiam rejicit Dn. Brunnemann, ad *d. l. 38. de N. G.* facitque *l. 3. Cod. d. ſilentia. lib. 12. l. 80. d. R. iur.* † Filius, qui patris rem geſſit, eô defunctô, in familiæ erciſcundæ judicio, non rectè petit ſibi ſalarium præſtari; quia filius non repetendi animo; ſed, magis pietatis ratione, patris negotia geſſiſſe videtur. *l. Neſennius. 34. d. neg. geſt. l. alimenta. 11.* & *l. ſi paterno. 15 C. eod.* Ergò idem probandum erit, ſi matris vel avi negotia geſſiſſet, Parlador. *1. rer. quot. cap. 19.* Ubi ait: per contrarium adparere, non idem dicendum eſſe, ſi filius teſtatus eſſet, repetendi ſe id animo facere, vel ſi tutori, fratri, vitrico eſſet famulatus. ** Imò verò nullam, hîc, inter patrem & vitricũ, ſubeſſe differentiam; Sed, ſi etiam patris vel matris aut avi negotia à filio vel nepote gerantur, quòd non minùs contra illos, ac contra vitricum, detur actio negg. geſtorum; tametſi nulla de repetendo proteſtatio præceſſerit, non ſaltem docet cum Bartolo, Baldo, Caſtrenſi, Treutlero, Bachovius & Hunnius, *volum. 1. diſp. 10. theſ. 3. lit. D.* ſed etiam textus, qui hoc probat, expreſſus eſt *in l. ſi filius. 12.* ubi

ità

Digitized by Google

ità in terminis Imper. Alexander: *Si filius pro patre ſuo debitum ſolverit, nullam actionem ob eam ſolutionem habet, ſive in poteſtate patris, cùm ſolveret, fuerit, ſive ſui iuris conſtitutus*; ſi donandi animo pecuniam dedit: *Si igitur* pater tuus, ſui juris conſtitutus, pro patre ſuo negotia gerens, non præcedente mandato, debitum ejus ſolvit, negotiorum geſtorum agere cum patruis tuis potes. *Cod. h. t. d. N. G.* Equidem in dubio non præſumi donationes; ſed animum repetendi, communis & vera eſt regula juris; argum. *l. cum de. 25. d. probation. l. filiusfamilias. 7. d. donation.* à quâ Generaliter perſonas conjunctas eſſe exceptas, ſcriptum eſt nuſquam. Dn. D. Lauterbach/ *de Procur. in R. S. theſ. 41.* Neque de Filio vel Nepote ſuorum Parentum negotia gerentibus contrarium probant LL. à Dn. Autore adductæ; quippe quæ non de Nepote & Filio; ſed de Avia, matre, &c. loquuntur, de quibus videantur, quæ tradit Brunnem. ad *d. l. 34.* Franzk. *ad π. h. t. n. n. 16. & ſeqq.* * Denique Cynus, Salycet. & alii, *ad l. 12. C. h. t.* diſtinguunt circa magnas & modicas à filio in rem Patris factas expenſas: quæ etiam Baldo *ibid.* magis arridere videtur. † Filius autem, qui Patris negotia geſſit, debet cœteris fratribus adminiſtrationis reddere rationem, non tantùm ſi id factum fuit, patre defuncto; ſed & ſi adhuc vivo. Pinel. *d. bon. matern. l. 1. part. 2. num. 39.* * poſt Rebuff. Parlador. Lupum, & alios, Franciſcus Munnoz de Eſcobar, *d. Ratiocin. Adminiſtrat. c. 3. num. 17.* †

C I N N U S
Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro IV. Pandectarum.

Tit. I.
DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS.

1. In integrum reſtitutio extraordinarium remedium exiſtit.

Reſtitutionem in integrum, extraordinatium remedium eſſe, affirmant communiter Doctores, * *l. in cauſa. 16. princ. d. Minorib.*

norib. l. quod ſi. 24. §. fin. ff. eod. Matthæ. Weſemb. *h. n. t. n. 5.* Gail. *lib. 1. obſ. 140. n. 7. in fin.* Bocer. *Claſſ. 6. diſp. 10. theſ. 3. lit. b.* & *diſp. 12. th. 69.* Dn. Brunnem. *ad d. l. 16.* Dn. David Mevius, *p. 1. deciſ. Viſmar. 133. n. 3.* & *p. 7. deciſ. 271.* Caſp. Klock, *Votor. Cameral. relat. 33 n. 8.* Dn. Carpzov. *d. Proceſ. tit. 19. artic. 1. n. 2.* † Negat Zaſius. in *ſingul. intellect. cap. 20.* Diſtinctione hanc litem dirimit Arumæ. *diſput. ad leges præcipuas, 6. ff. 1.* Hilliger, ad Donell. *21. cap. 4. lit. A.* Sanè ordinarium, extraordinariumque, haut uno modo in jure noſtro ſumuntur. Ulpianus in *l. ſed etſi. 26. §. ſi feria. 7. infra, ex quibus cauſ. maior.* Ferias extra ordinem indictas vocavit, non ſolemnes, ſeu conſuetas, ſed repentè, præter morem, ordinemque inſtitutas. In *l. 7. §. fin. ſuprà, de offic. Proconſ.* extra ordinem jus dicere dicuntur, qui Magiſtratus non erant; ſed utilitatis cauſa, extraordinariè conſtituebantur. *l. 2. §. 33. de orig. Jur.* * Ita, quæ Magiſtratui, non quà tali, neque jure ordinario; ſed ex ſpeciali legis conceſſione competunt, ita, ut ordinario hujus vel illius Magiſtratûs officio de novo accedant illudque augeant, &, niſi nominatim tributa eſſent, Magiſtratui illi non competerent, (vid. inprim. *l. 6. §. fin. ff. d. Tutel.*) dicuntur à Ddbus juriſdictionis extra ordinariæ, per *d. l. 7. §. ult. d. Offic. Proconſul.* Vinnius, *de Juriſd. cap. 5. §. 3. & 4. cap. 6. princip. & §§. ſeqq* Dn. Præcept. Lauterbach / *in tract. d. Voluntar. Juriſdict. th. 13.* † Sic extraordinariæ cognitiones dicebantur, quas Prætores, Præſideſque, præter uſitatam officii ſui conſuetudinem, ſuſcipiebant. *l. 1. & paſſim, d. extraordin. cognit. l. 2. ex quib. cauſ. maior.* Hinc extraordinarias perſecutiones indigitat Ulpianus, in *l. 178. d. V. S.* Fideicommiſſorum, ac ſi quæ aliæ ſunt, quæ non habent juris ordinarii exequutionem, id eſt, in quibus formularum conceptio non obſervatur. *l. actio. 47. d negot. geſt.* * De quibus pluribus Henric. Hahn ad VVeſembec. *tit. d. Iuriſdict. num. 7.* Arnold. Vinnius, *ad princip. Inſtit. d. Actionib. num. 6.* † ** Sic, poſtquam planè ſublatis formulis, ipſi Magiſtratus, in omnibus indiſtinctè cauſis judicare cœperunt; *l. 2. Cod. d. pedan. iudicib. t. t. C. d. formul. & impetration. action. ſublat.* omnes actiones extraordinariæ ob id dici cœperunt, & omnia Iudicia extraordinaria. *§. fin. Inſtit. d. Interd.* ubi vulgò Interpr. inprimis B. Dn. Proavus meus, Ioh. Harppr. *num. 5.* & Arnold Vinnius, Henric. Hahn, ad VVeſembec. *h. tit. n. 5. in fin.* * Sed aliô tamen ſenſu, in oppoſitione ad ſolennia,

quæ

quæ & ordinaria) nobis hodie dicũtur Iudicia extraordinaria ſeu minùs Solennia; nimirum Summaria, in quibus ſolennis & aliàs uſitatus modus procedendi non obſervatur; ſed ſine ſtrepitu & figura judicii, ſolâ facti veritate inſpectâ proceditur. *Clement. ſape. 2. d. V. S.* Videatur Jacob Schultes, *Obſerv. Pract. 3.* Dn. Struven, *ad π. Exercit. 9. theſ. 66.* * Sic omnes Actiones civiles, ratione Originis, ſive cauſæ efficientis, ordinarias; arg. §. 3. *Inſt d. Actionib.* Prætorias contra extraordinarias, per *l. 35. d. O. & A. l. 14. §. 2. quod met. cauſ. l. 16. ff. d. Minor.* dicendas eſſe, exiſtimat Hahnius, *d. loc.* id quod tamen improbat Bachovius ad Treutler. *Vol. 1. diſp. 11. theſ. 1. lit. A.* ibi: Ex eo, quòd Prætorium eſt, non protinùs extraordinarium eſt: neque omnia remedia juris civilis ſunt ordinaria. † Sic, cùm de maleficio criminaliter agitur, extra ordinem agi, dicimus; * *l. ſi quis. ult.* ibi: *Si extra ordinem eius rei pœnam exerceri velit. ff. d. privat. delict. l. fin.* ibi: *De iniuria nunc extra ordinem ex cauſa & perſona ſtatui ſolet. ff. d. iniur.* Dn. Hahn ad Weſemb. *h. n. tit. num. 5. in fin.* † quòd videlicet tùm negligatur ſolennis ille judiciorum ordo: * Vide Hahnium, *cit. loc.* † indeque extraordinaria crimina dicuntur, quæ non lege aliqua publicorum judiciorum; ſed extra ordinem, Magiſtratûs Imperiô atque poteſtate coercentur. Vnde legitima crimina extraordinariis opponuntur. *l. 3. d. crim. ſtellionat. &c.* Nunc ſi ordinaria ea omnia vocare velimus, quæ veniunt ex æquitate, ex generalibusque regulis juris, convenientibus rectæ rationi; omninò cum Zaſio dicendum erit: Auxilium ordinarium Reſtitutionem eſſe, ex jure communi deſcendens. Haud etenim remedium hoc ideò eſt inſtitutum, ut juris regulis adverſetur; ſed imò illis maxımè conſentaneum eſt, & à Prætore, naturalem æquitatem ſequente, inſtitutum. *l. 1. in pr. d. minor. l. 1. ex quib. cauſ. maior.* * *l. 7. princ.* ibi: æquitas evidens poſcit. & §. *1.* ibi: boni Prætoris eſt, reſtituere, ut & ratio & æquitas poſtulabit. *h. n. t. l. fin. §. 2.* ibi: rem ſuæ æquitati reſtitui decernat. *ff. quod met. c.* **Tametſi enim non dubitet Gloſſa, ad *l. 1. de minorib.* adſtruere: quòd hoc Remedium naturali æquitati omninò adverſetur; tamen rectè, contra illam, hoc nomine, invehitur acutiſſ. Bachovius, dùm ad Treutler. *Volum. 1. D. 11. th. 1. lit. A.* nervosè ſcribit: Huic eidem æquitati, quæ (quod urget Gloſſa, *cit. loc.*) conventiones præcipit ſervari, ſine dubio & illud vel maximè congruere, ut conventiones hoc ipſo æquitatis vinculo deſtitutæ, ob dolum, metum, &c. reſcin-

Digitized by Google

dantur. Conſent. poſt Fabr. *in Cod. lib. 2. tit. 33. n. 4.* Dn. Carpz. *tr. d. Proc. tit. 17. artic. 2. num. 13.* † Ac proinde reſtitutiones favorabiles ſunt, non odioſæ, & in dubio ſemper concedendæ; quemadmodum prolixè confirmat Sfort. Oddus, *tr. d. in integr. Reſtitut. p. 1. Q. 1. Artic. 13.* ubi ſic inter alia: Ne autem credas, quòd propterea fiat ſtricta interpretatio quoad cauſam concedendi vel denegandi eam; quia imò fit favorabilis ex eo, quòd non contravenit primis & generalibus regulis juris humani, licet quibuſdam particularibus obviet. *num. 93. & ſeq artic. 14. num. ult.* Concluſio ſit, pergit, indubitabilis, quòd ſimpliciter Reſtitutio in integrum ex æquitate introducta ſit, & favorabilis, non odioſa dici debeat: imò quòd liberet minores & majores à vinculis juris civilis, & eos reponat in puris terminis juris naturalis. Fernandus Vaſqui. *controv. illuſtr. lib 1. cap. 32. n. 11 & 12.* * Atque hinc quoq; judicem facilem eſſe debere ad concedendã cæteris paribus, in integrum reſtitutionem, monet Dn. Mevius, *p 5. deciſ. 5.* * Adeò, ut, ſi videat, hoc remedium partibus ex cauſa competere, ipſemet ex officio Proceſſum pro concedenda reſtitutione, decretô prævenire, & ad quod eadem facienda eſt, ſtatim decernere non ſaltem poſſit; verùm etiam debeat. Dn. Carpz. *tr d. Proc. tit. 19. artic. 2. num. 6.* & *lib. 2 R. Elector 95. num. 19. & ſeq.* ubi pluribus hæc commendat. Dn. Mevius, *p. 1. deciſ. 134. num. 5.* & *deciſ. 218. n. 7.* ubi dicit: Rationem hoc ſuadere, & Praxin idem obſervare. * Hinc denique, nec ſtatutô hoc auxilium æquitatis planè tolli poſſe, æquiſſima eſt ſententia Dnn. Anteceſſor. Facult. Tubingenſ. apud Autor. *Volum. 2. conſil. 59. num. 105.* † Hâcque ratione, tantùm extraordinaria illa erunt, quæ præter jus & æquitatem privati juris, propter ſtatûs publicæque ſalutis rationem, ab eo, qui jus dominationis habet, ſuſcipiuntur. Iudicialis namque ſubtilitas in publica negotia minimè cadit; & leges, in magnis præruptiſque negotiis, parùm ponderis habent, ut eleganter Clapmarius docet. *4. d. Arcan. c. 1. & 10 & libr. 6. c. 28.* At ſi reſpiciamus regulas juris civilis particulares, per quas pervenimus ad illas generales normas æquitatis; tunc dici rectè poteſt: Reſtitutionem auxilium extraordinarium eſſe; tùm quòd reſtitutiones in integrum extraordinariæ ſunt perſequutiones, & cognitiones Prætorum, ab actionibus, ordinarioque jure diſtinctæ. *l. quod ſi. 24. infr. d. minor.* quia judex Pedaneus de iis diſceptare non ſolebat *l. ult.*

C. ubi

C. ubi & apud quem cognitio in integr. reſtit. Vnde reſtitutio in integrum Imperii magis eſt, quàm juriſdictionis. Lyclam. *5. membr. c. 4. & 22.* Indeque Prætor non dicit ſe judicem daturum; ſed animadverſurum. *l. 1. §. 1. d minor.* *(Vide tamen Bachov. *ad Treutl. Volum. 1. D. 3. theſ 4. lit. B. & theſ. 2. lit. C.* Vinn. *ad princ. J. d. Act. num. 6.* Dn. Hahn. *ad VVeſembec. d. Juriſd. num. 7. verb. Juriſdictionem illi Imperio ineſſe.* †) Tùm quòd hæ reſtitutiones competunt contra jus commune, ſtrictum & ſummum; quatenus geſta, quæ jure ſtricto valent, infirmant, atque reſtringunt. *Bachov. *ad Treutl. Volum. 1. D. 11. theſ. 1. lit. A.* † Quo intuitu Imperator D. Antoninus, referente Marcello in *l. 7. h. t.* ait: *Etſi nihil facilè mutandum eſt ex ſolennibus*, hoc eſt, ex ordinario jure; *tamen, ubi æquitas evidens poſcit, ſubveniendum eſt.* Et Ulpianus in *l. in cauſa. 16. in pr. d. minor. In cauſa cognitione,* ait, *etiam hoc verſatur, num fortè alia actio competere poſſit, citra in integrum reſtitutionem: Nam ſi communi auxilio & mero iure ſit munitus, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.* De quâ tamen re, & quando reſtitutionem impediat auxilium commune? videri poteſt Hilligerus, *ad Donell. 21. cap. 11. lit. k.* * Poſt alios, quos allegat, Dn. Brunnemann, *ad d. l. 16. princip. d. Minorib. num. 1. & ſeq.* Dn. Mevius, *p. 1. deciſ. 133.* & *p. 7. deciſ. 271.* Dn. Caſpar Manz, *d. Reſtitut. in integr. tit. 3. n. 105. & mult. ſeqq.* ac præ illis prolixè Sfortia Oddus, *d. in int. R. p. 1. Q. 17. per totam.* Similia habentur *in l. item ſi. 14. §. 2. quod met. cauſ. l. 1. §. 4. d. dol. mal.* Videat. & Bocer. *Claſſ. 6. Diſput. 10. theſ. 3.* Franciſcus Caldas, *ad l 3. Cod. d. in int. reſtitut. verb. implorare. num. 4.* Bachovius, *cit. loc.* † Ad eundem ferè modum docui, *intr. d. Appellat. c. 1. §. 7.* Appellationem auxilium commune ſive ordinarium eſſe, omnibuſque adjacere, ac reſpicere juſtitiam meram ſive generalem; alia verò, ſententiæ item iniquitatem corrigentia, remedia, reviſionem, ſupplicationem, &c. extraordinaria cenſeri: quamvis etiam jure communi; ſed tamen extra ordinem, & propter ſpecialem benignitatis rationem ſint introducta.

2. *Reſtitutionem in integrum, Magiſtratus municipales permittere non queunt.*

RESTIBUTIONIS num cauſa, apud quemcunque Judicem tractari queat? olim ventilatum fuit: cùm Imperii magis ſit,

 quàm

Digitized by Google

quàm juriſdictionis. l. 3. h. tit. & jam ſuprà dixi. Sed obtinuit, apud judicem quemcunque, qui tribunal & juriſdictionem habet cum adminiſtratione, eam tractari poſſe; ſive is juriſdictionem habeat ſuo jure, ſive ab altero ſibi mandatam. l. ult. C. ubi & apud quos in integr. reſtit. c. penult. extr. eod. *ita, ut, etiam generaliter mandatâ juriſdictione, facultas in integrum reſtituendi ſimul quoq; tranſeat. dict. l. ult. ubi Dn. Brunnem. Hahn. ad VVeſ. de Juriſdict. num. 7.† Non tamen delegatus ſive pedaneus, aut conſenſu partium electus; multoque minus arbiter, reſtituendi facultatem habent. l. ult. d. t. *ibique Dn. Brunneman. n. 2. & 11.† Jure tamen æquè canonico atque civili, delegati & arbitri, de cauſis reſtitutionum, quæ in alias per accidens incidunt, cognoſcere queunt. dict. l. ult. in fin. c. penult. de reſtit. *addat. argum. l. quoties. 3. Cod. d. judic. l. adire. 1. Cod. d. ordin. cognition. Florez Diez de Mena, quæſt. 5. lib. 1. num. 76. Tuſchus, concluſ. 277. num. 34. Lanfranc. de Orian. tract. de Arbitr. p. 4. num. 11. Blanc. de compromiſſ. qu. 4. num. 15. & 18. Dn. Lauterbach / tract. ſynopt. de Arbitr. Compromiſſar. th. 28. prolixè Bachov. ad Treutl. V. 1. D. 11. th. 1. lit. C. verb. ne quidem ſi incidenter. Sfort. Oddus, d. tract. p. 1. q. 32. artic. 8. num. 75. ubi dicit: Communem hanc eſſe Omnium ſententiam. *Sed & ſuper quæſtione: An quis reſtituendus ſit? Arbitros compromiſſarios rectè pronunciare, poſt Gloſſ. & Bartol. exiſtimat Maurit. d. in integr. reſt. cap. 38. in fin. Verùm contrarium amplectitur Bachov. alleg. loc. idemque verius & commune eſſe, oſtendit Blancus, d. quæſt. 4. num. 16. ferè in fin. verſ. contrariam. Vid. Bernhard. Wurmſer, in pract. obſerv. tit. 3. & Scipio Gentil. 1. de Juriſdict. cap. 32.† De Municipalibus Magiſtratibus dubitatur: num hodiè in integrum reſtituere poſſint? Quod rectè negat Ioh. Vaudus, 1. var. quæſt. 22. *Coll. Jurid. Argentorat. hic. th. 7. Dn. m. Proavus, Dr. Iohan. Harppr. d. Proceſſ. Judiciar. Decad. 22. concluſ. 3. num. 4. Scip. Gentil. d. cap. 32. Bachov. ad Treutl. volum. 1. Diſp. 11. th. 1. lit. C. Hahn. ad VVeſemb. hic. num. 1. Dn. Struv. Exercit. ad π. 8. th. 4. Manz. de in integr. Reſtit. tit. 1. num. 17. Perez. in Cod. tit. ubi & apud quem. num. 2. Franzk. in comment. π. tit. de Reſtitut. in integr. num. 10.† Sic enim Paulus JC. in l. ea qua. 26. infr. ad Municipalem. Ea, inquit, quæ Imperii magis ſunt, quàm juriſdictionis, Magiſtratus municipalis facere nequit. Et addit exempli loco: Magiſtratibus municipa-

libus

ſibus non permittitur in integrum reſtituere, aut bona, rei ſervandæ cauſa, iubere poſſidere &c. Eſt ſanè reſtitutio Imperii mixti, non juriſdictionis ſpecialis; ut quoque, ex modò allegata lege, cum communi, evincit Dn. D. Bocer. *de Juriſdict. cap. 3. num. 8. & ſeq.* (* Vide tamen Bachovium *ad Treutl. vol. 1. Diſp. 3. theſ. 4. lit. C.* Dn. G. A. Struven, *Exercit ad π. 4. th. 65.* Dn. Hahn. *ad VVeſemb. tit. de Juriſd. num. 7. verb. Juriſdictionem illi Imperio ineſſe, in fin.* †) juriſdictio verò municipalis levis omninò exiſtit, ſuiſque limitibus circumcluſa, & imperfecta. Non enim Iuriſdictionem ſuam defendere poterant judicio pœnali: *l. un. in princ. ſi quis ius dicenti non obtemp.* non poterant pignoribus captis contumaces coercere. *l. 4. §. 3. & ſeq. de damno infect.* Et ferè ea juriſdictio pendet ex municipii lege. *l. 1. C. d. emanc. liber.* Magis etenim Magiſtratuum municipalium, juxta nominis appellationem, circa municipii adminiſtrandi, & gerendæ Reipublicæ curam, quàm in jure dicendo, omnis juriſdictio verſatur. Ut & hodiè der Gerichte/ in den Fürſtenſtätten. Sicque nihil poterant, niſi quod ſpecialiter ipſis injungebatur; arg. *d. l. 4. §. 3. d. damn. infect.* unde Duaren. ad *l. 3. de Juriſdict.* totam diſputationem, de definitione ac diviſione Imperii & juriſdictionis, ad ſolos Romanos pertinere ait, non ad Municipales Magiſtratus; & Scipio Gentilis, *2. de Iuriſdict. cap. 2.* hos non modò Imperio, ſed & Iuriſdictione propemodum caruiſſe, nec veros ac juſtos Magiſtratus, ſentit; quia nempè imaginaria tantùm erat, & ad certos ſpecialeſque caſus eorum poteſtas ſeſe extendebat. * Alias hujus ſententiæ rationes videſis apud Oddum, *part 1. quæſt. 32. artic. 4. num. 42. 43.* † Vnde erroneum eſt Accurſii, * Bartol. Bald. Azonis, Alexandri, & cōmuniter Dd. (quod refert & ſequitur Sfort. Oddus, *de in integr. Reſtitut. p. 1. q. 32. artic. 4. num. 43. & ſeqq.*) † enunciatum, qui in *l. ult. C. ubi & apud quem in integr. reſtit.* dictam *l. 26. ad Municip.* novâ Iuſtiniani conſtitutione correctâ eſſe putant; Quamvis enim illâ Conſtitutione ſit comprehenſum: Iudices à Principe, provinciarum Rectoribus aut Prætoribus datos, in integrum reſtituendi facultatem habere; non tamen exinde colligere debemus: Duumviris ſeu municipalibus Magiſtratibus, eandem poteſtatem eo ipſo conceſſam eſſe. Dùm enim à majoribus Magiſtratibus judices dati jus habent in integrum reſtituendi, non ſit id vi cujuſdam juriſdictionis: cùm namque judicandi tantùm,

non

non juris dicendi habeant facultatem, omni proinde juriſdictione carent; Sed dùm ii reſtituunt, ipſe Magiſtratus, qui judicem illum dedit, indulgere reſtitutionem videtur. Quod non ita eſt in Municipii Magiſtratibus, qui nemini reſtituendi facultatem acceptam referre queunt; cùm eam nemo dederit illis; nec in Conſtitutione comprehenſi reperiantur. * Bachov. *ad Treutl. vol. 1. Diſp. 11. th. 1. lit. C.*† Omnes quidem fatentur, Imperium merum, juſque gravioris animadverſionis non habuiſſe Magiſtratus municipales; **l. 3. l. 4. l. 6. §. qui univerſas. 8. de offic. Præſid. l. 1. l. 7. de Defenſor. Civitat. Novell. 15. cap. 6. §. 1.* Henric. Bocer, *tract. d. Iuriſd. cap. 8. num. 89.*† quo intuitu Iudæi Pilato reſponderunt: ſibi non licere interficere quenquam, *Ioh. 18. verſ 32.* Govean. *ad l. 12. num. 5. d. Iuriſd.* unde Bodin. *1. d. Republic. 6. num. 45.* rectè refellit eos, qui Pontifices Iudæorum, religione impeditos, judiciô Salvatoris noſtri abſtinuiſſe putant.

Verùm cùm modicam habuerint caſtigationem; *l. Magiſtratib. 12. d. iuriſdict.* videri poſſet, ipſis competere Imperium mixtum. At coërcitio illa ad ſervos, & forte etiam ad municipes ipſorū viliores, vagabundoſque eſt reſtricta. Scip. Gentilis, *3. d. iuriſdict. c. 21.* ita ut probè nunc concludamus: Nihil, quod Imperii eſt, regulariter Municipales Magiſtratus habere; niſi quòd quædā ipſis ſingulatim conceſſa reperiantur. ** Quicquid autem de hiſce ſit, vel jure Romano circa quæſtionem propoſitam obtinuerit; Hodiè noſtris moribus & juxta receptam in totâ propemodum Germaniâ conſuetudinem, cuilibet Magiſtratui, ſaltem Baſſam ſive inferiorem jurisdictionem habenti in integrum reſtituendi facultatem competere, autor eſt Struvius, *Exerc. ad π. 8. th. 4.* Hubertus Giphan. *ad l. fin. Cod. ubi & apud quos.* Sfort. Oddus, *p. 1. quæſt. 32. articul, 4.* Dn. D. Bardili, *in diſſert. d. in integr. Reſtitut. Univerſit. theſ. 7.*† An oppida in Ducatu VVürtembergico, habeant merum Imperium? jam olim inveſtigavi, *in tr. d. Univerſitatib.* **th. 14. lit. B.* ubi tamen nihil ſpeciale occurrit. * Sed eſt tamen textus, pro affirmativa, ſatis apertus in Novellâ VVürtembergicâ, d. Anno 1586. *§. 1* ibi: Sondern auch ihr vom Gericht/ꝛc. *& 5 ſeq.* Dem allem nach. *28.* ibi: In übrigen *caſibus* aber Ihr vom Gericht dieſe unſere Satzungen / inn euren Erkandtnuſſen/ für eine Richtſchnur und *manuductıon* dergeſtalt halten/ damit Ihr inn Fällung aller eurer Vrtheilen/ꝛc. Qui idem etiam in

hanc

hanc ipſam ſententiam permovit Bocerum, *d. Juriſdict. cap. 8. num. 90.* Dn. Lauterbach / *in different. iur. commun. & VVurtemberg circ. cauſ. criminal. §. 4. num. 5.* Addatur textus æquè luculentus in *Conſt. d. Anno 1621. §. 1.* ibi: Vnd Ihr die Richter / in Fällung der Vrtheil / jederzeit acht haben. nec non *in verb. finalib.* ibi: *iudiciren* und urtheilen ſollen. ** Cœterùm, quàm infimul cautè & prudenter proſpectum ſit, ne vel juſtiſſimam querelam Carpzovii, *Prax. Crimin. q. 103. n. 2.* Sæpiùs, inquientis, accidere. ut in oppidulis merum imperium exerceant plebeji, & mechanici, proceſsûs criminalis omninò imperiti, cum maximo Innocentium damno; vel invectivam B. C. Zahnnii, in *Ichnograph. Municip. cap. 6. num. 11.* ubi, jus gladii, non meliore conſilio, municipiis, quàm pueris acutum ferrum, concedi ſcribit, würtembergica etiam municipia incurrant, videſis ap. Dn. D. Lauterbach / *d. l. num. 1. & ſeqq.* † An etiam Iudices Chartularii, quos vocant, ſive Notarii in integrum reſtituendi facultatem habeant? diſquiritur apud Oddum, *p. 1. q. 32. artic. 5. num. 45. & ſeqq.* †

TIT. II.
QVOD METUS CAVSA GESTUM.

3. *Actio quod metus cauſa, eſt in perſonam, & tamen in rem concepta.*

VEriſſima eſt opinio Ant. Fabri, *15. conject. cap. 1.* & *error. doc. 18. error. 5.* * Arnoldi Vinnii, *ad §. 28. & 31. Inſt. d. actionib.* Bachov. *ad Treutler. Volum. 1. diſp. 11. th. 5. lit. B.* † & aliorum Neotericorum, *ad d. §. præterea. 31. Inſt. d. action.* Vniverſas actiones, aut bonæ fidei, aut ſtricti juris, aut arbitrarias eſſe. *§. actionum. 28. & d. §. præterea. Inſtit. d. t.* In bonæ fidei actionibus nempe, judici eſt permiſſum, ex bono & æquo liberè æſtimare, quemadmodum actori ſit ſatisfaciendum. In ſtricti juris actionibus judex parilem libertatem non habet. In arbitrariis autem, quemadmodum actori oporteat ſatisfieri, haut ex ſolâ actionis naturâ; ſed ex judicis àrbitrio pendet: ita tamen, ut judicis arbitrium non ita liberum hîc, ut in bonæ fidei actionibus, exiſtat; ſed potiùs quâdam conditione ſit coarctatum, ſc. niſi is, cum quo agitur, ad juſſum judicis ſatisfaciat actori; ita ut arbitrium ſententiam præ-

Bbb cedat:

cedat: ſecùs ac in bonæ fidei actionibus fieri ſolet. *(Adeat. Anton. Faber, *conjecturar. lib. 16. c. 17. pag. m. 581. & pag. ſeq. 583. 1.* ubi tamen, poſtquam placuit, ut manu militari arbitrio judicis omnimodò ſatisfiat; vid. *l. 68. princ. d. R. Vindicat.* nullas ampliùs Actiones Arbitrarias eſſe, ſingulariter opinatur.) Ad hanc, arbitrariarum nimirum, claſſem etiam refertur actio quod metus cauſa. *d. §. præterea. l. item. 14. §. hac autem actio. 4. h. tit.* proindè reus, quamvis convictus, rem metu extortam poſſidere; non tamen ſtatim in quadruplum condemnatur; ſed priùs arbitrio judicis, rem, de qua agitur, reſtituere jubetur: cui ſi pareat, abſolvitur; ſin contra, tum demum quadrupli ſubit condemnationem. *d. l. 14. §. 1. & §. 3. inf. §. 4. h. t. §. item actio. 27. Inſt. d. act.* * Anton. Perez. *in Codic. h. t. num. 12.* Dn. Hahn, *ad VVeſembec. hîc, numer. 5. in fin.* Dn. Brunnemann, *ad l. 4. num. 6. Cod. h. t.*† Quamvis autem actio quod metus cauſa, actionibus arbitrariis, in perſonam quæ ſunt, adnumeretur; *in ſæpe d. §. præterea.* eſt tamen in rem concepta. *l. metum. 9. §. fin. h. t. n.* * *l. item. 14. §. in hac. 3. ff. eod. l. 4. §. metus. 83. infr. d. doli mali & metus except.* * Matthæ. Weſembec. *ad π. h. t. num. 4.* ibique Dn. Henricus Hahn, *verb. in rem ſcripta.* Colleg. Juridic. Argentorat. *hîc. n. 28.* Dn. Georg. Franzke, *h. t. n. 10.* Henric. Zœſius, *ad eund. h. t. num. 27.* Dn. Brunnemann, *ad l. 9. ff. eod.*† Vi quidem ipsâ eſt in perſonam; ſcriptura autem eſt in rem: *conferat. Cujacius, *ad l. 9. §. 7. ff. h. t.* & *lib. 5. Obſervation. cap. 17.*† In Edicto quippe verba ad id, quod geſtum eſt, reſcindendum ſunt concepta (quod metûs cauſa geſtum erit, ratum non habebo, *l. 1. h. t.*) non in perſonam ejus, qui intulit metum, (*in quo jejunæ ſubtilitatis Coraſ. redarguit doctiſſ. Bachov. *ad Tr. V. 1. D. 11. theſ. 5. lit. A.* ubi vide†) Vnde nec perſonam ejus, qui intulit metum, nominari requiritur; & ſufficit, probari, rem metu ablatam fuiſſe. *d. l. item. 14. §. in hac. 3. h. t. n.* * Nimirum, cùm vis compulſiva, ad quam ſpectat hoc Edictum, plerunque in tumultu à pluribus, aut de nocte in turba inferatur atque committatur, ut dehinc facilè, à quo ſit illata, cognoſci non poſſit. *l. 14. §. 3.* ibi: *cùm metus habeat in ſe ignorantiam.* ibique Accurſ. & Gothofred. *ff. h. t.* æquiſſimum ſanè fuit, ut generaliter & indiſtinctè, in rem metu ablatam, ſine adſignatione perſonæ, adverſus quam Prætor ſit reſtituturus, hoc Edictum conciperet. Vide tamen Brunnemann. *ad l. 9. num. 6. h. t.* ubi ex hac ipſa *l. 9. §. 1.* valde notabiliter iſta decla-

clarat.† Non autem contrarium eſt, actionem in perſonam dicere, & ſimul in rem ſcriptam: Aliud n. eſt, actio ſimpliciter realis; aliud in rem ſcripta. Actio in rem genere diſtincta eſt ab iis, quas vocamus in perſonam. Actiones in rem ſcriptæ non ideò minùs ſunt perſonales. * Iohann Baptiſta Hodierna, *contro-verſ. Forenſ. cap. 3. num. 26. & 58.* † Sed propterea in rem ſcriptæ nominantur, quia indefinitè adverſus rem geſtam conceptæ, nullâ perſonâ expreſsâ, adverſus quam id, quod geſtum, retractetur. Pacius, 2. *ἐναντιοφαν. 72.* Arumæ. *Diſp. ad LL. Præcip. 6. th. 7.* ** Sive quia, contra communem juris tenorem & actionum in perſonam ordinariam naturam, ex ſingulari æquitatis ratione, illud à Lege ſpecialiter habent, ut ratione ſubjecti paſſivi aliquid participent de natura actionum in rem, &, æquè ac illæ, contra quemlibet poſſeſſorem, locum obtineant. Jaſon, *ad §. 1. Inſtit. d. Actionib.* ** In rem enim ſcribere nihil aliud hîc denotat, quam generaliter concipere. Hubertus Giphani. *in Comment. ad tit. d. Actionib. §. quædam autem. 20. pag. m. 388.* ita namque apud veteres moris fuiſſe juris Autoribus, ut, quod generaliter & ſine perſonæ deſignatione fieret, id in rem fieri ipſis dictum ſit, eruditè demonſtrat Franciſcus Duaren. *ad l. juriſgentium. 7. §. pactorum autem. 8. ff. d. pact.* Jungat. Bernhard. Sutholt. *diſſertat. 17. aphor. 28.* * Atque ex his jam facilè quoq; patet, quo jure Bachovius, *d. Action. Diſp. 2. theſ. 6.* & Robertus Maranta, *tr. d. Ord. Judicior. p. 4. diſtinct. 3. num. 2.* has Actiones appellitent mixtas: equidem in legibus mihil tale occurrit; & vix eſt, ut, ob unam ſolam cum Actionibus realibus in unico ferè tertio convenientiam, hoc nomen mereantur. * Ex his item conſtat, quàm benè Gloſſographi *ad. l. 3. ff. ad Exhib. & alibi paſſ.* præter Actiones perſonales, reales & mixtas, quartam actionum ſpeciem, videl. in rem ſcriptas comminiſcantur; quos propterea, poſt alios, meritiſſimo jure redarguit B. Dn. Proavus meus, Joann. Harpprecht, *ad §. omnium. 1. Inſtit. d. Actionib. n. 21.* ibique Rittershuſ. & Arnold. Vinnius. † Effectus autem ejus, quòd actio quod metûs causâ in rem dicitur concepta, haud exiguus apparet: Datur enim ex eo in heredes, alioſque, ad quos res per vim & metum extorta pervenit. *l. 3. Cod. d. his, quæ vi metuſve cauſ.* * *l. 17. §. fin. & ll. ſeqq. ff. eod.* * Quamvis enim Weſembecius, propterea contra tertium quoque poſſeſſo-

Digitized by Google

ſeſſorem hanc actionem competere exiſtimet, quia lucrum ex delicto faciat, ad quem res pervenit. *h. t. num. 4.* rectè tamen hoc nomine eundem notant Bachov. & Hahnius, *ad d. num.* cùm hâc ratione etiam aliæ omnes perſonales actiones ex delicto venientes (utpote quarum natura eſt, dari in Heredes ad id, quod ad eos pervenit. Vide tamen omninò celeberr. Dn. Lauterbach/*d. Tranſit. action. theſ. 32. & mult. ſeqq.* ubi circa hunc eundem articulum, inter merè pœnales, mixtas & rei perſecutorias actiones accuratè diſtinguit.) in rem ſcriptæ dicendæ forent. Dn. Hahnius, *cit. loc.*† Datur itaque hæc actio ex prædicta ratione, contra quemvis poſſeſſorem ſeu detentorem rei metu extortæ; licet metum non intulerit; etiamſi ſit bonæ fidei poſſeſſor. *l. item. 14. §. 5. b. t. n.* * Dn. Caſpar Manzius, *d. reſtitution. tit. 4. num. 55.*† & titulo oneroſo rem poſſideret. Trentacinquius, *lib. 1. tit. de his, quæ vi metuſve cauſ. reſol. 2. à princ.* Surd. *conſil. 513. num. 17. & fin.* * Adde text. expreſſum *in d. l. 14. §. 5.* ibi: *bona fide* Emtorem *ab eo, qui vim intulit, comparantem. ff. h. t.*** Indeq; uti dictum, Actor non cogitur perſonam ejus, qui metum incuſſit, in ſuo libello ſpecificè exprimere; ſed ſimpliciter atque imperſonaliter dicere ſufficit, vim metumque ſibi eſſe illatum; non adjectô, à quô. conferat. *ſæpe d. l. 14. §. 3. h. t. n.* Dn. Manzius, *cit. num. 55.* Dn. Franzkius, *in Commentar. π. h. t. num. 10.*† Idemque eſt de exceptione Metûs; ut & iſta detur contra quemcunque agentem; etiamſi ille non incuſſerit metum; modò factus ſit circa rem litigioſam. *l. 7. Cod. h. tit.* * Dn. Brunnemann, *ad l. 3. Cod. eod.* Zanger, *d. exception. part. 3. cap. 11. numer. 37.* * Et eſt plenus de hoc textus, in *l. apud Celſum. 4. §. 33.* ibi: *Metûs cauſa exceptio in rem ſcripta eſt: ſi in ea re metûs cauſa factum eſt; ut non inſpiciamus, an is, qui agit, metûs cauſa fecit aliquid; ſed an omninò metûs cauſa factum eſt in hac re, à quocunq́, non tantùm ab eo, qui agit. d. dol. mal. & met. except.*† Sicque pactum in rem eſſe dicunt, cùm illud eſt generaliter conceptum; adeò ut pertineat non ſolùm ad paciſcentem; ſed etiam ad ſucceſſores. *l. 7. §. 5. ſupra dict. pact.* * de quo Bachovius, & Dn. Hahn. *ad VVeſembec. h. tit. noſtr. num. 6.*† Sic doli clauſula dicitur in rem concepta, eò quòd comprehendat dolum non ſolùm promittentis; ſed & ſucceſſorum. *l. 5. infra uſufructuar. quemadmod. caveat.* Non autem iniquum eſt, & eum, qui non deliquit,

quit, actione quod met. cauſa teneri: quamvis enim ab initio non delinquat; incipit tamen ex eo tempore in peccato eſſe, cùm conventus de eo, quod occaſione metûs eſt conſequutus, non ſtatim reſtituit metum paſſo & eo ipſo vim probat. Arumæ. *ſuprad. loc.* * Donell. *lib. 15. cap. 38. lit. u.* ibique Oſwald. Hilliger. Trentacinq. *lib. 1. reſol. hoc tit. reſolut. 2.* Dn. Brunnemann, *ad l. 9. §. fin. num. 16. hic.* ** Hincque ſi etiam bonæ fidei poſſeſſor, ad arbitrium judicis, rem vi metuq; extortam non reſtituat, eum etiam in quadruplum propterea condemnari, iterũ conceptus, qui hoc probat, eſt textus *in d. l. 14. §. 5.* ibi: *unde quidam putant, &c.* junct. *præced. § 3.* ibi: *Nec cuiquam iniquum videatur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari. h. tit.* Videat. Iohann Schneidewin / *ad §. quadrupli. 25. num. 61. & ſeqq. Inſt. d. actionib.* Dn. Hahn *ad VVeſembec. hic. num. 5. in fin.* † An & quatenùs verò, longi temporis præſcriptione, ſe tertius poſſeſſor tueri queat? latè Trentacinquius, *d. reſolut.* docet. * Quibus junge *l. 3. Cod. h. tit.* ad quam poſt Anton. Fabrum, Tiraquellum & alios, eleganter Brunnemannus, *num. 6. & ſeqq.* ** Coronidis loco ſubnectimus libellũ in hac Actione, à nemine, quod ſciamus, hactenus exhibitum; Ille ergò ſic concipitur: P. P. Sage demnach/was maſſen vor ungefahr einem halben Jahr mein Principal nacher Straßburg verreiſt; unterwegs aber/ bey Oppenau/ Jhne drey Kerls/ mit gewaffneter Hand angefallen/ und Jhne/ bey Betrohung deß Tods/ ſein Pferd ſampt Sattel und Zeug/auch allem/was er ſonſten bey ſich gehabt/ ihnen zu geben genöthiget haben: wordurch dann Er mein Principal in groſſen Schaden geſetzet worden/ꝛc. Nachdeme Er aber vor etlichen Tagen bey Octavio Nonio, ſein Pferd angetroffen/und denſelben amicè erſucht/ ihme dieſes ſein abgetrungenes Pferd in der Güte wieder zuzuſtellen/ hat beſagter Octavius ſich hierzu nicht verſtehen wollen: Alſo daß Er letzlich gemüßiget worden/ dißfalls wider Jhne Klag zu erheben; ꝛc. Gelangt demnach an ein Löbl. Gericht Nothgetrungenen A. inn rechten beſt-gegründetes bitten/ſchuldigſtbeklagten Octav. Non. inn Güte/ oder/ inn deren Entſtehung/ durch rechtmäßige Zwangsmittel dahin anzuhalten/ daß ſelbiger mehrbeſagtes Pferd/ꝛc. Jhm hinwieder abzutretten/ und unverlängt zu reſtituirn verbunden ſeyn ſolle. ꝛc. ꝛc. †

4. *In diſputatione, an vis vel metus, contraria ſint voluntati? adhibemus diſtinctionem integræ & remiſſæ voluntatis.*

VAriè de coacta voluntate loqui videntur juris noſtri conditores. Ulpianus in *l. 1. h. t.* vim, ait, eſſe neceſſitatem impoſitam, contrariam voluntati. Paulus verò in *l. ſi mulier 21. §. pen. t. eod.* ita reſpondet: *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici: quia, quamvis ſi liberum eſſet, noluiſſem;* Coactus *tamen* volui, *ſed per Prætorem reſtituendus ſum, ut abſtinendi mihi poteſtas tribuatur.* Papinianus *in l. ſi metus. 83. infra. d. acquir. vel omitt. hered. Si metus,* inquit, *causâ adeat aliquis hereditatem, fiet, ut quia invitus heres exiſtat, detur abſtinendi facultas:* (nempè præcedente reſtitutione; aliàs enim hæc lex contrariaretur *d. l. 21.* * Vide tamen *l. 6. §. 7.* ibi: *aliquo timore coactus.* & ibi: *heredem non fieri. ff. d. t. d. acquir. v. om. hered.* ad quam Dn. Brunnemann, *num 12.* †) Et ita metu coactum, non volentem, ſed invitum aliquid facere Papinianus putat. Cui contradicit Celſus in *l. ſi patre. 22.* ubi dicit: *ſi patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, ſi ſui arbitrii eſſet, contraxit tamen matrimonium; quod inter invitos non contrahitur: maluiſſe hoc videtur.* Et tamen eſt regula juris: *velle eum non videri, qui obſequitur voluntati domini vel patris. l. 4. infra, d. R. I. nihilque conſenſui tam contrarium eſſe, ac vim vel metum. l. nihil. 116. t. eod.* Sanè cùm voluntas ſit animi motus, cogente nullo ad aliquid vel non committendum, vel adipiſcendum. *can. 1. in pr. 15. q. 1.* fac. *l. rem legatam. 18. infra d. adim. legat.* aut, cùm, ut Cicero *4. Tuſcul.* ait: *Voluntas ſit, qua quid cum ratione deſiderat:* plena ideò & integra in eo voluntas non erit, qui imperio vel metu coactus, aliquid facit; argum. *l. ſi quis mater. 41. C. d. tranſact.* ibi: *nullo cogente imperio, ſed libero arbitrio:* ubi hæc duo, voluntas & imperium, velut contraria, opponuntur, ut unius poſitione, alterum tolli ſit neceſſe, ex regula vulgatâ logicorum. Idemque probat *l. noviſſimè. 7.* ibi: *quid ſi compulſus, aut metuens, ne compelleretur. Infra, quod falſo tutore geſtum eſſe, &c.* ac idem eſt dicendum, ſi liber homo, ex vi mandati aliquid facere cogatur. *l. atquin. 19. §. ſi libero. ſupra. d. negot. geſt.* Et eſt tamen

men

men voluntas remiſſa, in his nempe, quæ vi metuvè fiunt: adeoque diverſâ ratione dici poteſt quis idem voluiſſe & noluiſſe. Cujac. *h. tit. noſtr. in fine princ.* & *lib. 16. obſ. c. ult.* Pacius, *2. centur. 67.* Hilliger *ad Donell. 15. c. 38. lit. A.* Cui & Ariſtoteles conſentit, qui *3. Ethic. 1.* ſcribit: Invitè quidem, non ſponte facta dici videntur illa, quæ aut vi coacti agimus, aut per inſcientiam: quæ verò majorum malorum metu, vel boni alicujus parandi cauſa aguntur, quas actiones ille miſtas vocat, iis quæ ſponte aguntur, ſimiliores eſſe videntur. Sunt enim optabiles, & eligendæ, tum, cùm aguntur. Interim tamen ſimpliciter ſpectata, fortaſſis invitè facta dicentur: nemo enim quicquam tale propter ſe optaverit, &c. ** Summatim itaque & conſummatim Voluntas vi metuque extorta ſecundum quid & quoad principium vellendi, violenta rectè dicitur: cùm nihil voluntati tam contrarium ſit ac metus. *dict. l. 116. d. R. Jur.* Simpliciter verò conſiderata & reſpectu actûs, quem agimus, prout à circumſtantiis mente abſtrahitur, etiam ſpontanea ſive ultronea rectè vocatur. Henric. Zœſ. *hic. num. 2.* quia & hîc cum electione quadam, majoris mali vitandi cauſâ, animus inclinat ad aliquid ſectandum. Thomas, *1. 2. qu. 6. a. 7.* Spontaneum autem non id ſaltem dicimus, quod ſimpliciter eligimus; verùm etiam illud, quod ob certum aliquem finem, v. gr. ex metu incommodi majoris. Dn. Hahn. *ad VVeſemb. hic. num. 2.* Neque enim ipſi voluntati; ſed tantùm voluntatis Libertati ſic officitur; argum. *d. l. 21. §. 5. ff. h. t.* Ut proinde, cùm revera principium agendi ſit in ipſo agente, hoc ipſo reſpectu & coacta voluntas ſit vera voluntas; per *d. l. 21. hic.* & *cap. Abbas. 2. x. de his, quæ vi metuve c.* videat. Laymannus, *Theolog. moral. lib. 1. tract. 2. cap. 6. num. 7. 8.* Dn. Lauterbach/ *de Volunt. th. 7.* Dn. Hahn. *cit. loc.* Bach. *ad Treutl. vol. 1. Diſp. 11. th. 4. lit. A.* † Non autem eatenus metu coactam voluntatem, ſpontaneis adnumerarem, ut eam naturalem obligationem producere putem, quod voluit Felicianus de Solis, *1. de cenſibus, c. 1. num. 12. & ſeqq.* Æquitas enim deficit, & ſolo æquitatis vinculo, conventioniſque æquitate, ſubſiſtit obligatio naturalis. *l. Stichum. 95. §. 4. infra, d. ſolut.* * Iungatur ingenioſus Hobbeus, *in element. philoſophic. de Cive, tit. Libertas. cap. 2. num. 16. pag 30.* † Verumenimverò jus noſtrum civile, interdum remiſſam voluntatem pro conſenſu vero, legitimoque acceptat. Interdum reſtitu-

reſtitutionem largitur. Nonnunquam eum ipſo jure nullum eſſe dicit. Ac quando actus, metu geſtus, ipſo jure ſit nullus? vel debeat annullari? docet Ioſeph. Ludov. *deciſ. Lucenſ. 18.* ac ex parte etiam dicetur *quæſtione ſeq.* ** In genere verò illa Negotia ob vim & metum ipſo jure nulla eſſe, Ddres cenſent, quæ, ſemel contracta, ob certas rationes non amplius reſcinduntur; quibus propterea, ne quis inde lædatur, & alter turpe retineat lucrum, ſtrictæ quoque Leges haudquaquam adſiſtunt; ſed illa ab initio planè nulla eſſe volunt. * Taleq́ue vulgo cenſetur (1) ſi dominus à ſervo vi metuq́ue compellatur, ut ipſum manumittat: talis namque manumiſſio ſtatim ipſo jure nulla eſt & irrita. *l. ille. 9. princ. ff. qui & à quib. manumiſſ.* propterea, quia, ſi ab initio valeret, ob favorem Libertatis, reſcindi non poſſet. *l. 7. in fin. princ.* ibi: *adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere. ff. de dol.* addat. argum. *§. 6. Inſt. qui & à quib. manumiſſ. liber. non fiunt.* *(2) Promiſſio Doris vi metuq́ue extorta: cui & ipſi Leges nullatenus adſiſtunt; ſed itidem à principio pro nulla declarant. *l. ſi mulier. 21. §. 3. ff. h. t.* eò quòd & illa, ſi valeret ipſo jure, ob favorem Dotis & damnum mulieris dote carituræ, non reſcinderetur. Henric. Hahn. *ad VVeſemb. h. t. num. 1.* quamvis aliter hæc explicet P. Barboſa, *ad 4. part. Rubric. ff. ſolut. Matrimon. num. 3.* aliter item Brunnemannus, *ad d. l. 21.* ubi vide. * (3) huc referunt omnia ſpiritualia. Weſemb. *hic. num. 4.* Guid. Papæ, *ſingul. 969.* cùm & in his, poſtquam ſemel perfecta ſunt, in integrum Reſtitutioni nullus ampliùs ſit locus, ut meritò ab initio fuerit occurrendum. Bachov. *ad VVeſemb. h. d. num. 1.* Dn. Manz. *d. Reſtit. tit. 4. n. 10.* * (4) huc ſpectat autoritas Tutoris; quam, ſi Tutor vi metuq́, retentus pupillo præſtiterit, nihil pariter valet, quod agitur. *l. 1. §. 1. ff. d. autor. tutor.* Dn. Manz. *cit. tit. num. 15.* * Itemque (5) hic communiter recenſent etiam Matrimonium: quòd nempe & hoc ob vim & metum ipſo jure ſit nullum. vid. Manz. *alleg. loc. num 11.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. 2. h. t. n. 3.* Dn. Carpzov. *Juriſpr. Conſiſtorial. lib. 2. definit. 55.* ubi, hæc ita uſu forenſi obtinere, ſubjungit. Unde neſcio, quid velit Dn. Autor, quando dicit: † Quòd in Nuptiis ſufficiat qualis qualis voluntas, etiam coacta, etiam remiſſa: modò non ſit ſimulata atque fallax. *l. ſimulata. 30. de rit. nupt.* Illud equidem certum eſt, quòd etiam tacitur-

Digitized by Google

citurnitas filii, vel filiæ pro conſenſu habeatur. *l. 12. de ſponſal.* Eſtque quæſtio ſatis intricata: *An, ſi quis in ſtupro cum virgine honeſta deprehenſus, coactè, vique maioris mali, matrimonium promittit, illud pro valido ſit habendum?* quam doctè enodat Monterus, *deciſ. 45.* ** Refertque exemplum de tali juvene, qui, patre virginis dehoneſtatæ cogente, illam duxit, Wolffgangus Bütner, *in epit. hiſtor. in 6. prac. fol. 253. b. & 254.* .a Eandem quæſtionem negativè decidit Andreas Gaill. *2. obſ. 93. num. 28.* Cypræ. *d. Sponſal. c. 13. §. 25.* Roſell. *conſil. 43.* & paſſim Interppr. pro quibus etiam textus extat expreſſus *in capit. 15.* ibi: *niſi metu coactus, qui poteſt in virum conſtantem cadere, eam deſponſaverit. x. d. ſponſal.* * Diſſent. tamen poſt Panormitan. à ſe allegat. Henning. Arniſæ. *d. iur. Connub. cap. 3. ſect. 9. num. 32. fol. m. 218.* per *text. Exod. 22.* ibi: *ducat aut dotet. t. 1. d. adulter. c. inter cætera. cauſ. 22. q. 1.* * In dubio eandem relinquit Joachim Beuſt, *d. matrimon. c. 22.* † Et de tali etiam metu multa habet Tuſchus, *lit. M.* ubi de metu, ejuſque efficacia, & probatione agit. Qui idem Monterus de metu reverentiali exactè diſſerit, *deciſ. 32.* De Teſtamento quæſtio movetur: An metu factum ſubſiſtat? Communiter affirmatur. Fachinæ. *10. cap. 15.* Contrarium ego probarem; eò quod Teſtamentum dicitur juſta voluntas; *l. 1. infr. d teſtam.* *Noſtræ voluntatis ſententia, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri cupit. *d. l. 1. ff. d. t.* † Id quod utrumque de voluntate coactâ dici nequit. * Liberæ namque Teſtantium voluntati nihil tàm adverſatur, quàm vis & metus. *l. 116. ff. d. R. Jur.* Vnde pulchrè P. Peckius: *Inſtitutio*, inquit, *heredis & legatum vera libertatis, & liberalis animi ſunt, qui extorſionem improbam haudquaquam admittit. tr. de Teſtam. coni. lib. 1. cap. 8. num. 9.* † Accedit (2) quòd heredis inſtitutio, ex alieno arbitrio pendere nequit. *l. illa inſtitutio. 32. l. captatorias. 70. d. hered. inſtit.* * Poſt Bald. Angel. & Calcan. Hermannus Vultei. *Volum. 1. Conſil. Marpurg. 29. num. 83.* cùm omnis ſubſtantia, vis ac robur Teſtamenti conſiſtat in ipſius Teſtatoris voluntate. *d. l. 1. d. Teſtam. l. 19. d. cond. & demonſtrat.* Hartmann. Piſtor. *l. 3. q. 28. numer. 16. & 17.* ubi refert ex Vaſquio: Tametſi teſtamentum omnem ſolennitatem, omnemque formam exactiſſimè haberet, quòd tamen nil valeat, ſi non adfuerit Teſtatoris voluntas: quippè quæ, tanquam domina teſtamenti, totum facit. *l. ex facto. 35. §. 3. infra, d. hered.* *inſti-*

Digitized by Google

inſtituend. & ſola dominatur. *l. cùm quæſtio 23 §. 1. in fin. Cod. d. legat.* Reuſner, *d. Teſtam. p. 1. cap. 1. num. 38. & 39.* Metu autem, qui eſt trepidatio mentis ob periculum inſtans vel futurum, tollens libertatem; Argentorat. *vol. 1. conſil. 41. num. 19. & 20.* animamque perturbans, Angel. *ad l. item ſi. §. ſatis enim. verſ. nota quòd metu. ff. h. tit.* illatô, voluntas aut minimùm voluntatis Libertas colligitur excluſa; ſic ut non tàm teſtantis, quàm cogentis voluntas adſit. † Vnde & conſequenter Teſtamentum, ex arbitrio metum inferentis, pendere non poteſt: vid. Buſium, *ad l. 21. §. penult. h.* ** (3.) Noti & certiſſimi juris eſt, quòd Teſtamentum, in minimâ ſui parte, ratione voluntatis imperfectum, non valeat. *l. hu. 25. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* adeò quidem, ut nec inter liberos & ad pias cauſas talis voluntas ſuſtineatur. Gloſſ. & Dd. *ad l. fin. C. famil. erciſc.* ex quo prono quaſi alveo fluit, quòd multò minùs Teſtamentũ ſubſiſtat, ſi, ut hoc caſu, ſubſit defectus totius voluntatis. D. Rath. *d. Reſcind. Vendit. theſ. 102.* (4.) Conſtat ex *l. qui teſtamento. 20. §. fin. qui teſtam. facer. poſſ.* quòd teſtamentum habeatur invalidum, ſi vel unus ex teſtibus in actu teſtandi invitus detentus, & ad præſtandum teſtimonium fuerit coactus. Quodſi itaque vis & metus teſtibus illatus teſtamentum annullat; quantò magis hoc fiet, ſi ipſe teſtator hæc fuerit paſſus? Denique textus pro eâdem ſententiâ paſſim loquuntur ſatis apertè. Videat. *l. ult. ibi: per vim. ff. ſi quis aliq. teſtar. coeg. l. 1. Cod. eod. l. 1.* ibi: *liber ſit teſtantium ſtylus. Cod. d. SS. Eccl.* Confer Dn. Lauterbach / *in Differtat. d. voluntat. theſ. 7.* Dn. Brunnemann, *ad l. 3. ſi quis aliq. teſtar. prohibuer. vel coeger. num. 10.* Carpzov. *Juriſprud. Forenſ. part. 3. conſt. 1. definit. 9. per tot.* ubi præjudicium. ** Plura talia Negotia, quæ & ipſa, ob vim metumque ſtatim ab initio, ipſo jure ſunt nulla, congeſſit Venatorius, *in analyſ. iur. Pontific. rubr. d. his, quæ vi metuſve cauſa. q. quibus caſibus.* & ex illo Dn. Manzius, *loco ſupra allegato.* de quibus etiam apud Gloſſ. *in capitul. Abbas, verb. coactus. x. h. tit.* vulgares verſiculi:

Tutor, Judicium, Dos, Sacrum, Copula, Votum;
Hæc ſex vi facta de iure ſcias fore nulla.
Cætera iuſ patitur; ſed poſtea reſtituentur. †

In delictis coactam voluntatem, ſi non à toto, at verò excuſare à tanto, etiam iis in delictis, quæ juri naturali contraria ſunt, putarem; ſecùs ac Chriſt. Stuizzius ſentit *ad l. 4. num. 10. & c. d. R. I.*

quæ

quæ non ſunt hujus loci. *Videat. Bertazzol. *conſil. 173. num. 8. lib. 1. & conſil. 266. num. 3. lib. 2.* Juli Clar. *in Pract. § fin. quæſt. 60. num. 17.* Dn. Carpzov. *in Prax. Criminal. q. 18. num. 49. 50.*† Relationem in actione quod metus causâ, & præſertim, an unus in ſolidum teneatur? habet Meichſnerus, *tom. 1. deciſ. 46.* * de quo etiam confer Dn. Hahnium, *h. tit. num. 4.*†

5. *Ut Dolus, ſic & metus, bonæ fidei contractui dans cauſam, vitiat eum ipſo jure.*

DOlus, qui in civilibus negotiis conſideratur, aut eſt ex propoſito, aut re ipsâ. Dolus ex propoſito, ſeu dolus verus eſt, quando quis ſciens prudens aliquem decipit, fallit, circumſcribit. *l. 1. & t. t. infr. d. dol. malo.* At rurſum dolus hic aut cauſam contractui dat, aut tantùm incidit in contractum. Cauſam contractui præbere dicitur, qui circa initia contractûs adhibetur, ad contrahendumque doloſo conſilio eum inducit, qui aliàs non erat contracturus; veluti, ſi quis neque propoſitum, neque animum habens alienandi, vel contrahendi, promittendive aliquid, ab aliquo, dolo inducitur vel perſuadetur, ut eo modo, quo perſuaſor velit, illud negotium agat. *l. & eleganter. 7. in pr.* ibi: *ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt. ff. d. dolo mal.* ibique Dd. Weſembec. *conſ. 65. num. 10. & ſeqq.* Hart. Piſtor. *1. quæſt. 23. num. 2.* Pinel. *ad l. 2. part. 2. num. 11. C. d. reſc. vendit.* * Biccius, *in Pr. quotid. Sect. 5. theſ. 33.* Dn. Brunnemann, *ad l. 7. numer. 1. ff. d. Dol.* Hahn *ad VVeſembec. tit. d. Dol. num. 1.* Dn. Franzk. *ad π. t. d. dol. mal. num. 12.*† Dolum nominant incidentem, ſine quo non ideo minùs quis alienaturus, promiſſurus, contracturuſve erat; ſed in eo negotio conficiendo decipiatur; ut puta, ſi dolo fiat, ut res pluris ematur, vel minoris vendatur. **l. 18. §. 3. ff. commod. l. 13. princip. d. actionib. emt.* † Dolum ex re ipſa præſumptum indigitant, cùm quis re ipsâ, ſine fraude tamen adverſarii, læſus fuit. **l. 36. d. verb. oblig.*† ut ſi fortè quis ſine causâ, minimè circumſcriptus ſtipulationis calliditate, promittat, quod ei maxumè fraudi ſit futurum. Cujac. *ad l. 36. d. V. O.* Gœddeus, *d. ſtipul. 3. concl. 8. à princip.* * quam ſpeciem ob id ipſum, & quoniam eidem definitio doli non competat, non niſi æquivocè ita dici, putat Dn. Hahnius,

loco ſupracit. à quô non alienus videtur etiam ipſemet Autor, dùm dolum ex propoſitò, in oppoſitione ad hunc, qui committitur re ipsâ, verum dolum eſſe dicit. Sed hæc non parum adverſari videntur *l.2.* §.*3.* ibi: *dicendum eſt, eum, cùm litem conteſtatur, dolo facere, qui perſeveret ex eâ ſtipulatione petere.* & §.*5.* ibi: *nam etſi inter initia, nihil dolo malo facit; attamen tunc petendo facit dolosè ff. d. dol. & met. except.* Vnde rectiùs alii dolum ex propoſitò dicunt, qui Originariè ex hominis voluntate ſe diffundat in contractum; dolum autem ex re, qui non originariè ex hominis voluntate in Negotium; ſed retrò ex negotiò iniquitatem fovente, ſi quis nimirum eandem defendat & aliquid ex tali negotio petat, ſe diffundat in animum hominis ac voluntatem. Vt adeò dolus ex re non negativè ſic appelletur, quaſi nulla videlicet adverſarii intentio ſive προαίρεσις alterius fallendi in iſto ſubeſſet; ſed tantùm habito reſpectu ad principium. *d.l.2.*§.*5.* ibi; *inter initia.ff.d. tit.* Add. Dn. Struven, *ad π.h.tit.theſ.25.*† Hæc verò diverſitas doli multifariam jus variat, & etiam pro negotiorum diversâ naturâ: Namque ſi bonæ fidei contractui dolus dederit cauſam, ſtatim ipſo jure contractus vitiatur. Ita enim reſpondet Ulpianus, *in d.l. & eleganter.7.in pr.ff.d.dol.mal. Nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet circumſcriptus eſt.* Certè cum nihil bonæ fidei tàm contrarium ſit, quàm dolus & fraus: ex bonâ fide igitur, non ex dolô ut oriatur, & initium ducat bonæ fidei contractus, neceſſe eſt. Quî enim conſtituere poſſit contractum bonæ fidei dolus malus? Vndè Paul. JC. *in l.3.inf.pro ſocio. Societas,* ait, *ſi dolo malo, aut fraudandi causâ coita ſit, ipſo iure nullius eſt momenti: quia fides bona contraria eſt fraudi & dolo.* ** Adeò quidem, ut, licet ejuſmodi b.f. contractui juramentum acceſſerit, nihilô tamen ſeciùs eodem Nullitatis vitiô ille laboret, per *c. non eſt obligatorium, d.R.J.in 6.* & *cap. quamvis. 2.* ibi: *ſi tamen iuramento.d.pact. eod.* Abb. *ad c.cùm contingat. num. 23.* ubi Alciat. *num. 13. d.iurei.* poſt Anton. de Padilla, Guttierrez, *d.iuram.confirmator. p.1.c.37. num. 12.* Sebaſtian. Medices, *d.caſib.fortuit.p.1.q.10.num.24.* Addatur *l.4.Cod d.H.vel A.V.l.16.*§.*1.ff.d.minorib.l.22.*§.*2.ſolut. matrimon.l.6.Cod.d.long.tempor.præſcript.* Celſ. Bargal. *tr.d.Dol. lib. 2. diviſ. 5. num. 32.* Dn. Lauterbach / *Exerc. ad π.12.theſ.5.*† Quod tamen ita eſt intelligendum, ſi & ipſe deceptus, negotium

valere

Digitized by Google

valere nolit; *argum. *l. 41.* ibi: *unicuique licet contemnere ea, quæ pro ſe introducta ſunt. ff. d. minor. l. penult. Cod. d. pact.* † quippè ſi ipſius interſit, negotium contractum ſubſiſtere, non poterit nullitatem allegare, qui decepit, quod obſervavit Bart. *ad l. 1. num. 6. d. pignorat. act.* & ipſa æquitas ſuadet. ** Neque enim audiendus eſt, qui propriam turpitudinem & ſubdolam machinationem ad proximum circumſcribendum à ſeipſo admiſſam in ſui favorem vult allegare. *l. 30. C. d. Tranſaction.* poſt Molin. & Leſſ. *d. J. & J. tom. 1. lib. 2. cap. 17. D. 5. num. 32.* Dn. Brunnemann, *ad l. 7. num. 3. ff. d. dol.* Neque ex parte decipientis conſenſus eſt erroneus; ſed abſolutus. Henr. Zæſ. *ad d. t. d. dol. mal. num. 11.* Addat. Johann Schneidevvin, *ad §. 28. J. d. Actionib. num. 28.* Vitalis de Camban. *tract. d. Clauſul. pag. 366. num. 22.* Paul. Buſius, *ad l. 7. ff. d. dol.* Cujac. *ad l. 36. d. v. obligat.* Hackelmann, *illuſtr. Q. diſput. 3. theſ. 6.* Gædde. *d. contr. ſtipulat. c. 3. concl. 7. num. 114. & mult. ſeqq.* * Vide etiam Manzium, *d. Reſtitut. tit. 5. num. 15. & ſeq.* * Diſſent. tamen Sanchez, *d. matrimon. lib. 4. D. 15. num. 5.* Fagundez, *d. J. & J. lib. 1. cap. 3. num. 17.* Bonacin. *d. Theol. mor. & omn. conſc. nod. tom. 2. diſp. 3. q. 1. punct. 2. §. 2. numer. 5.* & inprimis Bachovius. *diſp. 6. theſ. 17. d. Actionib.* ubi vid. omninò. *Sed & in tranſcurſu non minùs notandum, quòd hæc ipſa ad dolum ipſiusmet contrahentis reſtringi debeant. Medina, *d. Reſtitut. q. 33.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. 7. num. 5.* Vnde, ſi Titius b. fid. contractui ſuô dolô cauſam daret, v. gr. ſi, hoſtem propediem adfore, dolosè nuntiaret, & ſic Sempronium, remotâ hâc dolosâ perſuaſione non contracturum, ad ſuos libros non ipſi Titio; ſed Octavio, vili admodùm pretio vendendos induceret, tunc contractum ſubſiſtere & valere ipſo jure, evincit *l. 2. d. proxenetic.* ubi contra proxenetas, in ejuſmodi caſu, datur actio doli; quæ, tanquam remedium reſciſſorium, ceſſat, ubi negotium ipsô jure eſt nullum. *Si tamen Octavius, qui cum Sempronio, ita contraxit, doli particeps eſſet, tunc forſan aliud dicendum eſſet; argum. *l. 11. §. 4. in fin. d. inſtitor. act. l. 9. §. 1.* ibi: *niſi ipſe hanc tibi vim ſubmiſi.* ubi Dn. Brunnemann, *num. 5. & ſeqq. ff. h. t. quod met. cauſ.* † Id autem quod dicimus, dolum, qui contractui dederit cauſam, negotium ipſo jure reddere nullum, placuit tàm antiquis, quàm Neotericis juris Interpretibus communiter ferè. Vid. Cujac. & Paul. Buſius, *ad d. l. & eleganter.* & idem Cujac. *ad l. 36. d. V. oblig.* Johannes Mercator,

Digitized by Google

tor, qui etiam Cujacius eſſe putatur, in notatis *ad libros animadverſionum Johan. Robert. l. 3. cap. 1. & aliquot ſeqq.* Hackelmann, *illuſtr. quaeſt. diſp. 3 th. 6.* Bronchorſt, *1. enant. 57.* Ilico Ummius, *diſput. ad Proceſſum, 8. num. 32. f. 336.* & omnium latiſſ. Gædde. *d. ſtipul. cap. 3. concl. 7. num. 114. & multis ſeqq.* * Vnde etiam hanc ſententiam communiorem & receptiorem appellat Schneidevvin, *ad §. 28. Inſt. d. Actionib. num. 24.* in Scholis & Iudiciis receptiſſimam, Zœſius, *ad tit. d. dol. num. 3. & ſeqq.* imò & in foro conſcientiæ tutiorem, poſt Valaſc. Molin. Covarruv. Dn. Brunnemann, *ad d. l. 7. ff. d. dol. num. 1.* † Diſſentit cum paucis Ioh. Robert. *3. animadverſ. cap. 1. & ſeqq.* & *in notis ad notata Mercatoris. 3. cap. 1. & ſeqq.* ut & Coraſ. *2. miſcell. 8.* uterque in odium Cujacii, ut puto. Obſtare cum primis putant *l. ſi dolo. C. d. reſc. vendit.* ubi Diocletianus & Maximian. ita reſcribunt: *Si dolô adverſarii deceptum, venditionem prædii te feciſſe fuerit animadverſum, Præſes reſcindi venditionem iubebit.* At reſcinduntur quoque ea, quæ ipſo jure reſcinduntur. Reſciſſio enim ibi eſt, ſi omnia redintegrantur. Fuit enim ibi tradita res ita, ut ſimul etiam traditionis reſciſſione fuerit opus & declaratione contractûs nullius; ex quo poſteà vel vindicatio eſt, vel condictio ſine cauſa, argum. *l. cum ab eo. 41. C. d. contrah. empt.* Certum enim eſt, & aliàs quoque, ex contractu nullo transferri poſſeſſionem. *l. 1. §. ſi vir uxori. 4 infr. d. acquir. poſſ.* * Imò & ad hunc effectum, ut tranſeat Dominium, ſufficit, rei traditionem factam eſſe ex causâ juſtâ, h. e. ad Dominium transferendum idonea & habili; tametſi eadem non ſit vera vel valida, *per t. t. d. cond. indeb.* Et cùm ergo non ſit dubitandum quin per talem traditionẽ ipſum etiam rei traditæ Dominium transferatur: Idcircò quod hic dicitur de rei vindicatione, quòd & illa, ſi v. c. res ex vẽditione per dolũ cauſatâ fuerit tradita, (nam ſi nondùm facta ſit traditio, ſufficit adverſus Actorem rem talem petentem vel doli exceptio, vel nullitatis. Brunnem. *ad l. 7. ff. d dol. n. 3.*) locum obtineat, vix eſt, ut procedere poſſit, *per §. 14. Inſtit. d. Action.* Et rectiùs haud dubiè condictio ſine cauſa cum Dn. Autore; vel condictio indebiti aut de dolô Replicatio conceditur cum Manzio, *d. Reſtitut. ex Cap. doli. cap 5. num. 12.* cui Conf. Brunnemannus, *ad d. l. 7. num. 3.* Videatur omninò Anton. Faber, *in rationalib. ad l. 7. d. dol. mal. in princip.* D. Bachov. *d. Actionib. 6. theſ. 17.* * Planè ſi.

Digitized by Google

nè ſi, cùm Titius non eſſet ſolvendo, hoc ſciens nihilominùs doloſè à Mercatore merces emat, & ipſe, habitâ de pretiô fide, ſtatim poſt venditionem, vel brevi poſt fallat; hoc caſu Venditor non ſaltem rem venditam, ab ipſomet emtore, ante omnes ejus creditores; (ſic ut in proceſſum edictalem ſe immittere non teneatur.) verùm etiam ab alio quocunque poſſeſſore rectiſſimè vindicat. Videat. Carpzov. *p. 1. conſtit. 28. defin. 18 & 19.* Gaill. *O. lib. 2. O. 15. num. 9. 10. & 11.* Maynard. *lib. 2. deciſ. 46.* Hunn. *Encyclop. iur. p. 3. tit. 14. c. 4. num. 9.* Dn. Lauterbach / *adn. t. d. Action. emt. §. 1. num. 20.* Talis enim emtor non tàm emendi, quàm furandi animo acceſſit. Et cùm ille actus, quô ipſi fides de pretiô habita, ipsô jure ſit nullus, non poterit Traditio hic quidquam operari; arg. *§. 41. Inſt. d. r. diviſ. l. 19. l. 53. d. c. emt.* Addat B. Dn. Brunnemannus, *ad l. 3. d. pignerat. action. num. 2.* ubi ita in Facult. Francofurt. Anno 1661. pronuntiatum eſſe refert; & Dn. Mevius, *p. 6. deciſ. ſum. tribunal. Viſmar. 193. num. 13. & ſeq.*† Reliqua argumenta allegati auctores, & Gæddeus inprimis diſſolvit; *nec non Bachovius, *d. theſ. 17.* Henric. Hahn *ad VVeſembec. tit. d. dol. num. 1.* ubi etiam ipſi Bachovio, qui hanc doctrinâ ad contractus b. f. conſenſuales reſtringit, nervosè occurrit. Arnoldus Vinnius, *lib. 1. quaſt. ſelect. 12. per tot.* Johann. Harppr. *ad §. 28. J. d. Actionib. num. 21. & mult. ſeqq.* ubi vide omninò.†

Pariter ut dolus; ita & metus efficit contractum bonæ fideî nullum: etenim & is, qui metum fecit, de dolo tenetur. *l. item ſicum. 14. §. eum qui. 13. h. t. quod metus causâ.* & metus bonæ fidei non minùs repugnare videtur, quàm dolus. *l. dolo. 10. C. d. reſcind. vend.* Quod adducti auctores, & nominatim Mercator, *3. notator. cap. 3.* Buſius, *ad l. 21. §. ſi dos. h. t.* Ummius, *d. diſp. 8. num. 33.* docent: fruſtra diſſentiente Roberto *d. libr. 3. animadv. cap. 3.* & *in not. adnotata Mercator. 3. cap 3.* Contra eum enim pugnare videtur text. *in l. 1.* ibi: *emptio irrita eſt. C. d. reſcind. vendit.* Facit quoque *& l. 21. §. ſi dos. 3. h. tit. noſtr.* ubi reſpondetur: ſi dos metu promiſſa ſit, non naſci obligationem. Neque eſt, ſi dicas cum Roberto, id ſpeciale eſſe in dotis promiſſione: Ignorantiæ enim eſt Aſylum, confugere ad jus ſingulare, ubi non ratio ſpecialitatis apparet. Ait quidem Robertus, propterea ejuſmodi contractum metu initum, ipſo jure nullum eſſe, quod matrimonia libera eſſe

ra eſſe debeant. *l. 2. C. d. inutil. ſtipulat.* At matrimonium & dotis promiſſio planè ſunt diverſa, & nuptiæ abſque dote omninò ſubſiſtunt. Neque etiam obſtat, quod *in l. ult. §. 1. h. t.* dicitur, venditione metu exortâ, rem ſuæ integritati reſtituendam. Intelligendum enim id eſt, ut ob contractum nullum, unumquodque reddatur ſuo loco: nempe ſi non ſolùm venditio, verùm & traditio (ut plerunque fit) metu fuerit extorta, quo de caſu etiam loquitur *l. 3. & 4. Cod. h. tit.* ** Omninò tamen, hiſce inſuper habitis, communiter Doctores inter Dolum & Metum differentiam hic faciunt; ita, ut, licet bonæ fidei contractui Metus dederit cauſam; eundem tamen ipſo jure valere, & opus habere beneficiò Prætoris, non dubitent plerique. Dn. Hahn, *ad VVeſembec. ff. d. Dol. num. 1.* Dn. Franzk. *ad π. eod. num. 13. & ſeqq.* Bachov. *de Action. Diſp. 6. th. 17.* B. Dn. Proav. m. *ad §. 28. Inſtit. de Action. num. 24. & ſeqq.* Dornſperg. *in ſyntagmat. Exception. lib. 2. p. 2. cap. 2. fol. m. 567.* Barboſ. *ad 4. part. rubric. ff. ſolut. matrimon. num. 31.* Rationem differentiæ aſſignant hanc; Quòd in negotiis vi metúque geſtis conſenſus adſit, tùm ex parte illius, qui metum infert, tùm etiam ejus, qui vim patitur; quia, tametſi vi metuque compulſus & ipſe turbatum quodammodo habeat intellectum; (quô reſpectu Ulpianus metum dicit in ſe habere Ignorantiam. in *l. 9. §. 3. ff. h. t.*) non tamen per metum in errorem rapiatur; ſed, metu non obſtante, benè ſciat, quid agat, & idem velit, quod inferens illum: adeoque nec voluntas, nec poteſtas deficiant, quæ ſunt duo principia actionis ſpontaneæ. * In negotiis autem, quibus dolus dedit cauſam, alterum conſenſûs principium abſit, nimirũ Voluntas; quia, qui dolo ab altero decipitur, ejus Intellectui glaucoma objiciatur, ac in errorem inducatur, & hoc etiam errore Voluntas poſtmodò moveatur (quippe quæ in omni actione ab intellectu tota dependet, dùm ſcil. ille objectum, quod hæc appetit, ei priùs oſtendit) unde facilè patet, quòd is, qui dolo ab altero inducitur, in idem, quod inducens vult, non conſentiat ſimpliciter; ſed ſemper cum conditione, rebus ſic ſtantibus, ut noſtrates loquuntur. Ex quo in negotiis vi metuque geſtis Voluntarium manifeſtius & abſolutum, quoad actum nempe eligendi: in his econtra Conditionale & non ſemper ab utraque parte, atque ita nec abſolutum eſſe, paſſim obvia eſt traditio. Conferat. Dn. Hahnius,

loco

Digitized by Google

loco ſupracit. Dn. Struvius, *ad π. Exercit. 8. th. 26.* Dn. m. Proavus, & Dn. Georg. Franzkius, *cit. locc.* inprimis verò Arnoldus Vinnius, *ſelector. lib. 1. quæſt. 12. pag. 63.* Atque hæc ipſa veriſſima eſſe, argumento ſunt inprimis ipſa verba Edicti: Quod metûs cauſa geſtum erit, ratum non habebo. Quid enim reſtitutione opus hic foret, ſi talis contractus ipſo jure eſſet nullus? Et non, niſi inſulsè ac ineptè ad metum & vim quandam incidentem hoc Edictum referri exiſtimat Vinnius, *cit. loc.* Bachovius, *d. theſ. 17.* Denique txx. pro eadem hac ſententia paſſim ſunt expreſſi in *l. 3.* ibi: *Si vi vel metu fundum avus tuus diſtrahere coactus. l. 4.* ibi: *Si per vim vel metu mortis venditio à vobis extorta eſt. l. 5. l. 7. l. ult. Cod. h. t. de his, quæ vi metusve cauſ.* Ex quibus omnibus manifeſtè conſtat, vim & metum non efficere, ut contractus, quantumvis bonæ fidei ſit, & ei metus dederit cauſam, ipſo jure ſit nullus; ſed, illo planè non obſtante, actioni aut exceptioni metûs locum eſſe ſolummodò. Addantur *l. ult. §. 1.* ibi: *Compulſus vendidit. ff. eod. §. 1. Inſtit. de Exceptionib.* * Neque movet in contrarium *l. 1. Cod. de reſcind. vendit.* quippe ad quam rectè Accurſius reſpondet: irritam ibi poſitam eſſe pro irritandam, nempe per actionem quod metûs cauſa; dùm Prætor talem venditionem ratam non habet, actionem concedendo, quod m. c. *l. 1. h. t. l. 3. & 2. ſeqq. Cod. eod.* ut, exitu inſpectô, hoc negotium ſit irritum aut pro irrito habendum. Minus adhuc obeſt *l. 21. §. 3. quod met. cauſ.* Quod enim hìc dicitur de promiſſione Dotis vi metuque extorta, ſpeciale planè eſſe, dictum eſt ſupra, & docet præter ibi allegg. Arnoldus Vinnius, *d. quæſt. 12.* Dn. Struven, *d. th. 11.* Sic item non officit *l. 116. d. R. Jur.* Nec *l. 2. §. 8. vi bonor. raptor. l. 14. § 13.* ibi: *eum, qui metum fecit, & de Dolo teneri. ff. h. t. q. m. c.* ad quas omnes & exinde deducta ſpecioſa argumenta reſpondet Vinnius, Bachovius, Franzkius, Struvius, Hahn, *allegg. in locc.* Denique quòd nonnemo *legem* quoque *6. §. fin. d. A. v. O. H.* pro ſtabilimento adverſantis ſententiæ adducere conatur, lapſus, ut videtur, memoriæ eſt: cùm aditio Hereditatis (de qua loquitur illa) ad quaſi contractus, qui ſtricti ſunt juris, pertineat haud dubiè; arg. *§. 28. Inſtit. d. Actionib. l. 5. princip. junct. l. 6. d. in lit. jurand.* nec non arg. *l. 5. d. eo, quod cert. loc.* Taceo quòd hic textus non tàm de coactâ, quàm potiùs ſimulatâ Aditione loquatur, quod e-

Ddd vincit

vincit verbum: *Fallens in d.* §. ubi Dn. Brunnemann, *num. 12.*

At ſi in contractum inciderint aut dolus aut metus, vel per actionem ex eo contractu deſcendentem, vel doli exceptionem, machinatio illa vindicatur. *ſupra d. l. & eleganter.* §. *non ſolùm. l. ſi quis. 9. infr. eod. l. Julianus. 13. §. ſi venditor. 4. d. act. empt.* Si ergo dolô fiat, ut v. gr. res pluris ematur, minoris vendatur, tunc ſtabit contractus; ſed agetur ex empto vel vendito, quanti pluris vel minoris res empta, vel vendita fuiſſet, ſi dolus non interveniſſet. Aliud eſt in negotiis, ſtricti quæ ſunt juris: Ibi enim contractus ipſo quidem jure ſubſiſtit, ſive ei dederit cauſam, (* quid, ſi ejuſmodi conventio eſſet jurata? Vid. poſt Bald. *conſil. 203.* Cardinal. Mantica, *d. Tac. & Amb. conventionib. vol. 1. l. 1. t. 9. num. 35.* †) ſive aliàs in ipſo contractu inciderit dolus; & neceſſaria eſt exceptio doli, *l. pen. C. d. inutil. ſtipulat.* vel actio de dolo. Buſius, *ad ſupr. d. l. & eleganter. 7. à pr.* * *l. 7. §. 3. d. dol. mal.* Caill. *lib. 2. obſerv. 2. n. 6.* Biccius, *ſupra d. loc. n. 33.* Dn. m. Proavus, D. Johann Harpprecht, *ad §. 28. Inſt. d. Actionib. n. 120. & ſeqq.* † Ratio diverſitatis, cur aliud in bonæ fidei, aliud in ſtricti juris contractibus ſit receptum, multùm divexavit Interpretes noſtros. Gæddeus *d. cap. 3. num. 144.* opinatur, bonam fidem, quæ intervenit in contractibus bonæ fidei, qualitatem eſſe ſubſtantialem & eſſentialem illorum negotiorum; non, quòd dolum ſtricti juris negotia admittant, ſed quòd aliter in bonæ fidei, aliter in ſtricti juris negotiis dolum vindicari, placuerit juri civili: in illis ſc. ubi bona fides maximè exigitur, *l. 5. C. d. reſc. vend.* per nullitatis; in his per medium reſciſſionis. * Conferat. Bocerus, *ad l. 23. d. R. iur. cap. 2. num. 15.* Brunnemann, *ad d. l. 7. ff. d. t. num. 2.* Dn. Struv. *ad π. tit. d. dol. theſ. 27.* Bachov. *d. Action. D. 6. theſ. 17.* Hahn *ad VVeſembec. loc. ſupra alleg.* Dn. Franzk. *in commentar. π. t. d. dol. num. 16.* * Notat autem Dn. Bocer, quòd, ex æquitate canonica, in ſtricti quoque juris contractibus, idem, circa hunc articulum, obtinere contendant, quod in b. f. conventionibus; nempe quòd & illi, ob dolum ipſis cauſam dantem, ipſo jure ſint nulli, *in d. Commentar. ad l. 23. d. R. iur. cap. 2. num. 15.* † Cœterùm (quod obiter adnecto) nimis ſuperſtitiosè ſolliciti ſunt ii, qui dicunt, differentias inter judicia ac contractus bonæ fidei, & ſtricti juris, hodie ſublatas eſſe; propterea, quòd Chriſtianis moribus omnia agi oporteat ex bonâ fide. vide Buſium, *ad d. l. & eleganter.*

Digitized by Google

ganter. num. 15. & ſeq. * poſt alios Dn. Ludwel. *diſp. Juſtinian. 16. theſ. 6. a.* noviſſimè Dn. Brandmyler, *in Manuduct. ad Jus Canon. & Civ. voc. Actio. p. 24.* Et quamvis, præter alios, ità etiam doceat clariſſ. JCtus, Arnoldus Vinnius, *ad §. 28. Inſt. d. Actionib. num. 4. & ad §. 11. J. d. Exceptionib. num. 6.* ubi noſtris moribus, omnes Actiones vi & effectu bonæ fidei eſſe putat; Attamen ipſe de ſuo loquitur foro; quemadmodum etiam, de ſpeciali conſuetudine, ſtatuentes ita Ddres exaudit, P. Buſius, *loco hic allegat.* ** Planè quin hodierni mores ab una vel alterâ, inter has actiones, differentiâ Juſtinianeo jure notatâ, receſſerint, non eſt dubitandum. † Quatenus vero fraus re ipsâ infirmet contractum, non hujus eſt loci, & videri hâc de re poteſt Cujac. *ad d. l. 36. d. V. O.* & Gædd. *cap. 3. concluſ. 8. tr. d. ſtipul.*

6. *An & quatenus metu vano damnum incurrenti ſuccuratur?*

MEtus hic in Edicto accipitur, non hominis vani, ſed qui meritò in virum conſtantem cadat. (* id quod tamen rectè, pro perſonarum diverſâ qualitate, diverſimodè conſiderat, ſecutus *l. 3.* ibi: *ſed hujus rei diſquiſitio judicis eſt. infra*, *ex quibus cauſ. maior.* Dn. Brunnemann, *ad l. 6. ff. h. t.* ubi vide omninò. Flamin. *d. Reſignat. lib. 9. q. 25. num. 38.* & *l. 13. q. 1. num. 59.* Auguſt. Barboſ. *in Repertor. pract. concl. iur. civ. & canon. lit. M. verb. metus.* †) *Metum*, ait Ulpianus, *in l. metum. 9. in pr. h. præſentem accipere debemus, non ſuſpicionem inferendi ejus: Metus enim illatus accipiendus eſt*, id eſt, *ſi illatus eſt timor ab aliquo.* Vnde *in l. 10. & paſſim in hoc t. n.* metûs adhibiti, coactionis, extorſionis, &c. mentionem fieri videmus. * Hincque ſola proteſtatio, ſi quis dicat nimirum: ſe hoc vel illud non ſponte promittere; ſed coactè, ad concedendam hanc in integrum reſtitutionem ſufficit vel minimè. Maſcardus, *d. Prob. t. concluſ. 1055. num. 9.* Dominic. Tuſch. *concluſ. 214. num. 18.* Dn. Brunnemann, *ad l. 9. num. 1. ff. h. t.* & *ad l. 9. n. 2. C. eod.* Dn. Mevius, *part. 2. deciſ. Viſmar. 42.* Vid. tamen Trentacinq. *ad h. t. Reſol. l. 1. num. 38.* † *Vani enim timoris juſta excuſatio non eſt*, ait Celſus, *in l. vani 184. d. R. I.* & in *c. cùm dilectus. 6. x. de his quæ vi metuſv. cauſ. fiunt*, reſcribit Pontifex, *non obſtare violentiam, quæ proponebatur illata; cùm neque metum mortis, neque*

Digitized by Google

cruciatum corporis contineret, & idem non debuerat cadere in conſtantem virum. Qualis quomodò probetur, latè Trentacinquius docet, *1. var. reſol. 1. t. d. his qua vi metuſv. cauſ. num. 16. & multis ſeqq.* * Auguſtin. Barboſa, *d. loc.* Maſcard. *d. Probationib. concluſ. 1057.* Dn. Brunnem. *ad l. 8. C. h. num. 5.* † Ex hoc dicitur: regulariter minas ad metûs probationem non ſufficere. Metum quippè non jactationibus tantùm, vel conteſtationibus; ſed atrocitate facti, convenit probari: *l. 9. Cod. h.* & nihil operantur minæ; niſi ſint capitales, *l. 7. C. d. t.* & ab eo effuſæ, qui exequi illas ſolet, & poteſt; Schneidew. *ad §. Quadrupli. num. 43. Inſtit. d. Actionib.* * Sanchez, *d. Matrimon. l. 4. diſp. 1. num. 20.* Cypræ. *d. Sponſalib. cap. 13. §. 16.* Dn. Brunnemann, *ad l. 7. num. 8. Cod. h. tit.* Magir. *ad l. 184. d. R. I. num. 7.* Conſil. Altorfin. *reſponſ. 100. p. 649.* Colleg. Jurid. Friburg. *reſponſ. 1. in cauſa Brunſchvvig contra Brunſchvvig. in puncto Cautionis de non offend. edit. 612. numer. 11.* facit *l. 3.* ibi: *timore mortis conterritus abeſt. ibique* Gloſſ. *ff. ex quib. cauſ. maior.* † Sicut nec metus reverentialis *erga Principem, Superiores, Parentes, Maritum, Henric. Hahn, *ad VVeſemb. h. t. numer. 3.* † in hoc edictum venit. *l. 6. l. 8.* & ibi Dd. *C. h.* * niſi mores tyrannici, vel minæ accedant; aut perſona hunc metum paſſa nimis ſit meticuloſa, quâ de re Gomezius, *tit. 2. reſol. cap. 14. num. 27.* Proſper Farinac. *p. 2. fragment. lit. M. num. 118. & ſeqq.* Dn. Brunnemann, *ad l. 6. C. h. n. 6.* Molina de Primogenit. *lib. 2. cap. 3. num. 9. & 10.* ubi iſta juribus Majoratûs accommodat. † Neque ſolius potentiæ aut dignitatis ſufficit metus. *d. l. 6. C. h.* * ob rationem in princip. legis poſitam, ibi: *quòd dignitatem, ad invidiam alterius, nocere non oporteat.* Vnde lex penult. *Cod. eod.* impreſſionem metûs cum dignitate conjunctam requirit. Vide Dn. Brunnemann, *ad d. l. num. 1. & 2.* Barboſ. *ad cap. ult. d. appellat. num. 11.* † obſt. *l. 6. §. 7.* ibi: *metu verborum. d. acquir. vel amitt. heredit.* Multòque minùs preces potentiorum: * Quamvis enim preces Principum inſtar Minarum eſſe, vulgò dicatur; attamen hoc non univerſaliter procedere; ſed tantùm de Tyrannis intelligi debere eleganter deducit Jacobus Menoch, *conſil. 431. num. 32.* & ex illo adducit Dn. Brunnemann, *ad l. fin. num. 4. C. h. t.* Addo quòd nec Minæ ad iſthoc Edictum indiſtinctè pertineant, per *ll. alleg.* † Nec obſtat. *l. 1. h. t.* ubi JC. metum, inſtanti, vel futuro periculo definit. Metum

Digitized by Google

enim requirimus præſentem; periculum & futurum eſſe poteſt. Periculum autem metui cauſam dat, ipſum nequaquàm metus exiſtit. * Ita denique nec Infamiæ, nec vexationis metum edicto contineri, oſtendit Ulpianus, *in l. 7. princ. h. t.* ubi, *ſi quis*, notanter inquit, *meticuloſus rem nullam fruſtra timuerit, per hoc Edictum non reſtituitur; quoniam neque vi, neque metûs cauſa factum eſt.* Vid. ibi Brunnemannum. Dn. Hahn, *ad VVeſemb. h. t. n. 3.* Bachov. *ad Treutl. Vol. 1 diſp. 11. th. 4. lit. A.* *Addantur, quæ de metu juſtæ vel injuſtæ Accuſationis; itemque de metu Excommunicationis habet Dn. Brunnemann, *ad l. 10. Cod. h. t.* poſt Flamin. P. Barboſ. & Maſcard. Auguſtin. Barboſa, *loc ſupra alleg.*† Cæterùm quid ſi datum quippiam, vel ceſſum ſit, metu vanô, nimirum ſi quis ita ſit imbecillis, ut timore inductus puſillanimi, qui in Edictum non cadit, dederit quid; anne ejus rei repetitio, vel adverſus contractum hoc modo initum, reſtitutio non erit? Æquitas id certè non admittit: cùm abſurdiſſimum videatur, omnes leges fortitudinis, ſummo jure, ab injuriam paſſo exigere; illum verò, qui injuriam intulit, impunitum, imò cum lucro impudentiæ ſuæ remanere. Reſtitutionem tamen adimere videntur ea, quæ ſupra ſunt diſputata. Ergò licet hoc edictum levi metu perterritum juvare non poſſit; Officio tamen judicis arbitror contineri, quemcunque vel ſimplicitate, vel quâvis aliâ animi inconſtantiâ læſum, reſtitui, ex generali illâ & æquiſſimâ clauſulâ edicti de reſtitutione majorum: Si qua alia mihi juſta cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam. &c. *l. 1. in f. infr. ex quib. cauſ. maiores.* * Jungatur omninò Dn. Hahn, *ad VVeſemb. hic. n. 3. verb. metus reverentialis.* ubi contra Bachovium iſta doctè examinat.† Sic cum potentioribus quibuſcunque, ob potentiæ metum initi contractus, hoc edicto non reſcinduntur; ut ſupra dixi: & tamen infirmantur officiô magiſtratûs. *l. ult. C. h.* * Vide tamen Brunnemannum, qui, per verbum extortæ *in d. l. ult.* poſt Barboſ. & Sanchez. rectiſſimè colligit: Ex potentiâ contrahentis non ſtatim probari impreſſionem. *num. 2. ad ipſam hanc. l. ult.*† Sic reſcinditur, quod metu reverentiali eſt extortum, vel actio eo nomine negatur. *l. 1. §. qua oneranda. 5.* ubi Brunnem. *num. 4. ff. quar. rer. act. non detur.* * Dn. Hahn, *cit. loc.*† Neque ad rem facit, quod *ex l. ſi patre cogente. 22. ff. d. ritu nupt.* Duarenus *in*

Digitized by Google

Com. ad h. tit. defendere conatur: ob metum reverentialem quod eſt actum, planè non infringi; cùm legis illius ratio ſit ſpecialis, ut Buſius *ad l. 3. & 4. ff. h.* demonſtrat. * Plura de eadem quæſtione tradit Magir. *ad l. 184 num. 8. d. R. Jur.* Fachinæ. *controverſ. iur. lib. 2. cap. 96.* Weſembec. *in paratitl. ff. hic. num. 3.* & inprimis Dn. Hahn, *ad d. num. verb. metus reverentialis.* Dn. Brunnemann, *ad l. 6. Cod. h. tit. num. 5.* Andr. Gaill. *2. obſ. 93.* Henning. Arniſæ. *d. iur. connubior. cap. 3. ſect. 9. num. 27. & ſeq.* Rittershuſ. *d. different. iur. Civ. & Canon. lib. 1. cap. 20. fol. 88.* Ritter, *d. Confraternitatib. in Domin. Arumai Jur. Publ. Volum. 1. Diſcurſ. 22. theſ. 9. lit. a. fol. 611. 612.* Arnoldus Corvinus, *in aphor. Dig. lib. 4. tit. 2. fol. 116.* Menoch. *d. Præſumt. l. 3. q. 127. num. 14.* Valaſc. *conſ. 130. num. 21.* Surd. *decis. 194. num. 29.* † Cur autem iis caſibus non ipſa actio ex hoc edicto, ſed potiùs officii ſubſidium, ex clauſulâ edicti de reſtitutione majorum detur, ratio eſt in promptu. Quippe edicto de metu damnatus, ſi rem reſtituere juſſus id non faciat, in continenti in quadruplum damnatur: quæ pœna gravior videtur, quàm ut ei debeat infligi, qui leviori, non doloſo metu, quid impetravit, ut rectè ſentit Paul. Buſius, *1. ſubtil. cap. 12.* Quod omne & vulgò practicis non eſt ignotum, qui dicunt: Quando intentatur actio directa quod metus causâ, competens ex verbis edicti Prætoris, poſiti *in l. 1. ff. d. eo quod met. cauſ.* requiri ibi metum cruciatûs corporis, vel periculi ſalutis. * Confer Weſembec. *h. t. num. 3.* Brunnemannum *ad l. ſi per vim. 4. num. 2. & 3. Cod. eod.* † Quando verò utilis actio intentatur, ut eſt, quando competit ex mente Edicti, tunc non requiri tantum metum, ſed ſufficere metum amiſſionis omnium bonorum, vel majoris partis, metũ perditionis honoris, (* Vide tamen quæ ſupra, de metu Infamiæ, breviter notata. †) &c. At quandò officium judicis imploratur, tunc metum ſufficere minorem; * pro qualitate videlicet perſonæ. Menoch. *lib. 2. d. A. J. Q. caſ. 135.* Covarruv. *d. ſponſal. p. 2. c. 3. §. 4. num. 8.* Andr. Gaill. *d. Pac. Publ. l. 1. c. 2. num. 5.* † Trentacinquius *1 var. reſol. 1. t. de his qua vi metuſvè cauſ. à pr.* * Conſentit B Dn. Brunnemannus, *ad l. 7. C. h. t. num. 3. & ſeqq.* ubi addit: *quòd etiam probabilis ſuſpicio Metûs contractûs reſciſſionem interdum importet*, ex Joſepho Maſcardo, *d. Prob. concl. 1055. num. 49. & citatis* à Barboſâ, *ad d. l. 7. num. 7. & ſeqq.* Adde Dn. Hahnium, *loco ſupra alleg.* † Et hæc mihi magis probabilia videntur, & omnibus legi-

legibus ſub noſtro tit. poſitis magis convenientia, quàm quæ tradit Sarmientus, *2. ſelect. interpr. cap. 11.* qui diſtinguit inter metum inferentem, & tertium poſſeſſorem: ut nempè adverſus hunc ſi agatur (eſt quippe hæc actio in rem ſcripta, ut dixi ſupra) major ſit probandus metus; adverſus illum, leviorem metum probari, ſufficiens exiſtat.

7. *Dolus definiri poteſt machinatio ſimulata, alterius decipiendi cauſa.*

FUerunt olim nonnulli, qui non ex Juriſprudentiâ ſolùm, ſed & ex omni Philoſophiâ, accuratiores definitiones eliminare voluerunt. Ariſtochius dicere ſolebat: Dialecticorum argutias ſimiles eſſe telis aranearum, quòd plurimum artificii habeant, minimum verò utilitatis, &, inſtar luti viarum, ad nihil proficiant, niſi quòd ingredientes impellant ad lapſum. Ipſe, quod quis meritò miretur, Galenus, qui à methodo laudem maxumam meretur, *libr. 4. d. pulſuum differ.* monet: Ne quis ſe conjiciat in definitiones, de quibus nec inter ipſos dialecticos ſatis convenit. Inter JCtos non ii ſolùm, quos Barbaros indigitamus; ſed & neotericorum nonnulli, omni eruditione expoliti, parùm definitiones curant. Non opus eſt JCtis logicâ definitione, ait Duaren. *cap. 2. de probat.* * Ipſe, quod quis non minùs miretur, acutiſſ. Bachovius, *Fruſtra ſunt*, inquit, *qui, præter mentem JCtorum, in definitiones & diviſiones ab iis traditas nimis accuratè inquirunt, &c. tract. d. Action. Diſp. 7. theſ. 1. in princip.* † Sanè à ratione aberrare, qui hæc tradunt, multis egregiè docet Arumæ. *tr. de morâ. cap. 2. à pr.* * non obſtante *l. omnis. 202. d. Reg. Jur.* † Et id quoque exemplis veterum JCtorum, ſolari luce evidentius facit idem. Ex quibus cum primis eminet definitio doli mali, poſita *in l. 1. §. 2. h. tit. n.* quæ veteribus ICtis litem olim non exiguam movit. Duriter, & tamen more ſuo jucundè Plautus, malitiam malam dixit, cùm malitia non poſſit eſſe bona, cùm à malo derivetur. Non idem eſt in dolo. Licet enim hodiè, cùm dolus ſimpliciter dicitur, malus intelligatur, ut paſſim in jure noſtro; & veteres tamen dolum (* pariter ac Venenum. *l. 236. d. verb. ſignificat.* & ſimilia, quæ ipſis ob id ἐκ τῶν μέσων, ſive media verba appellabantur. *l. 1. §. 2. d. ſerv. corr.* †) etiam bonum dicebant; & pro ſolertiâ hoc nomen capiebant:

piebant: *d.l.1.§.3.h.t.n.* * quæ videlicet principaliter ad noſtram noſtrorumque defenſionem & fraudem alterius excludendam tendit; licet alter per accidens (dùm ſcil. vix aliter defendere nos poſſumus) per eandem lædatur. Conſulat. omninò Celſius Bargalius, *tract. d. dol. lib. 1. c. 3.* ubi pluribus hæc examinat. Dn. Hahn, *ad VVeſembec. hic. num. 4 in fin.* † Nec ſolùm bonus eſt dolus, quò utimur adverſus hoſtes & latrones: Nullo enim diſcrimine virtutis ac doli, proſperi omnes bellorum eventus laudari debent, ut Ammian. Marcellinus ait. ** Vnde illud tritiſſimum: Dolus an virtus, quis in hoſte requirat? Weſembec. *h. t. numer. 4.* Henric. Bocer, *ad l. contractus. 23. cap. 3. num. 2. fol. 90. d. Reg. jur.* Oldendorp. *Cl. 6. actione. 11. §. unde apparet. fol. m. 1012.* * Hucque pertinent & vulgo à Dd. referuntur (1) Stratagemata; quorum quin licitus in Bello ſit uſus, non dubitat πολιτικώτατος Cancellarius, Forſtnerus, *ad lib. 4. Annal. Tacit. verb. datis mitibus reſponſis. pag. 625.* ubi ſic inter alia: Certè Alexander Magnus latrunculorum & furum ſolertiam eſſe dicebat, noctu & ex inſidiis hoſtem adoriri. (Q. Curt. *lib. 4.*) Quòd legati Perſeum Regem induciarum ſpe deceperant, magna quidem Senatorum pars probabat: ſed addit Livius, veteres moris antiqui memores novam iſtam ſapientiam improbâſſe; non aſtu magis, quàm vera virtute bella geſſiſſe majores. Et Tiberius Adgandeſtrio Principi Cattorum reſpondit: non fraude neque occultis; ſed palàm & armatum populum Romanum hoſtes ſuos ulciſci. (Tacit. *11. Annal.*) Ego arbitror rectiùs dici, facti quæſtionem eſſe, & principalem cauſam trahere hanc veluti conſequentem: ut, ſi juſta ſit belli cauſa, juſti ſint etiam hi doli: ſin injuſta, etiam has technas improbas pronuntiem. Quidni enim ſummam publicæ rei quibuſcunque modis ſalvam præſtemus? Nihil turpe eſt, quod inimico detrimentum adferat. (Achil. *Tac. 7.*) Et quomodo iſtis artibus fides contaminetur, equidem non video. Sunt inter Principes uſitatæ, juræ Gentium probatæ; ut, qui per illas decipitur, non de dolo hoſtis & ruptâ fide (quippe quæ nulla data eſt.) ſed de ſuâ imprudentia & credulitate conqueri debeat. Omnibus ſcriptum eſt hoc monitum: νᾶφε καὶ μέμνασ' ἀπιστεῖν, ταῦτα νεῦρα τῶν φρενῶν. i. e. *vigila & diffidere memento: ſunt hi nervi prudentiæ. &c.* Jungat. Lipſius, *5. Politic. 18.* Hippolit. à Collib. *d. Princip. c. 22.* Kirchner, *d. Republ. diſput. ult. theſ. 4. lit. C.* Michael Piccart. *decad. 10.*

cap. 10. obſervat. Hiſtor. Polit. fol. 264. Mencelius, *d. Cognit. DEI. lib. 2. cap. 9. fol. 343.* Schröder, *d. Jur. bellico, in Arumæi iur. Publ. vol. 1. Diſp. 23. theſ. 6. lit B. pag. 662.* Joach. Paſtorius, *in Different. Polit. genuin. & Diabol. §. 8. fol. 143.* ubi varia requirit. * Extantque elegantia horum exempla apud Thucyd. *lib. 6. fol. m. 295. 296.* Valer. Maxim. *lib. 7. cap. 4. per tot.* Iac. Graſſer. *in Itiner. Hiſtor. Polit. fol. 258. & ſeq.* Hieron. Benzon. *in Hiſt. N. O. lib. 1. cap. 15. fol. 64. 65.* Ioann. Leunclav. *Hiſtor. Muſulmana Turcor. lib. 3 fol. 117. 118. 137. 164. 172. lib. 4. fol. 179. 180. 181. 189. 203. 204. lib. 5. fol. 222. 224. 225.* Froſſard. *Hiſtor. lib. 1. fol. 97.* & *lib. 3. fol. 247.* Michael Hojer, *decad. 2. hiſt. trag. 9 fol. 264.* Eliam Winſtrup. *in Manipulo Stratag. Anno 1632. Amſtelodami typis excuſo.* ** Modò tamen data fides illis non violetur; & ſic terminos doli boni non perfidè excedant. Dn. Brunn. *ad l. 1. n. 4. ff. h. t.* Dn. Forſtn. *ad lib. 11. Annal. Tacit. fol. 94.* Hincq; venenò, vel aliâ ſimili infandâ technâ vitæ Hoſtium ducis, vel toti exercitui inſidias ſtruere, meritò reprobatur. Dn. Autor, *Politic. cap. 12. n 23.* Sicut Carolo V. laudatiſſimo Principi, 20000. milites, ex arboribus, frugibus, fontibus venenò infectis, in Italia periiſſe, refert D. Lutherus, *tom. 2. colloq. tit. d. cauſis. fol. 182. b.* Similia habentur apud Piccart. *decad. 10. obſervat. cap. 2. fol. 202. & mult. ſeq.* Meiger. *in nucl. Hiſtor. part. 2. lib. 5. cap. 1. fol. 87.* Theatr. Europ. *part. 1. fol. 532. & fol ſeq.* Erneſt. Eremund. *d. Orig. & Progreſſ. tumult. Belgicor. fol. 267. & ſeqq.* Chemniz. vom Schwediſchen Krieg. *part. 1. lib. 1. fol. 71.* Bodinum, *lib. 5. d. Republ. cap. 5. fol. mihi. 892.* Reiſner. inn Frondſpergs ritterlichen Thaten. *lib. 1. fol. 9. a.* * Idemque eſt etiam, ſi Incendiarii, ſive Mordbrenner emittantur; victualia ac paſcua toxicò conſpergantur; de quo Dn. Autor, *de Arte belli. cap. 5. num. 11.* * (2.) Ad eandem hanc claſſem etiam pertinent exploratores; quorum itidem integrum tùm in pace, tùm bello uſum confirmat Michael Piccartus, *decad. 9. cap. 10. fol. 189. & ſeqq.* ut & *decad. 10. cap. 10. fol. 265.* poſt Camerar. & Adam. Conzen. Dn. Autor, *Polit. cap. 12. num. 24.* Soiterus à Vinda *in Epit. rer. Turcic. O. 3.* eleganter Thomas Hobbes, *element. d. Cive. tit. Imperium. cap. 13. numer. 7.* ubi ſic inter alia: *Neceſſarium igitur eſt ad civitatis defenſionem, ut ſit, qui omnium eorum, qui Civitati nocere poſſunt, quantum fieri poteſt, conſilia & motus exploret & præſentiat: Sunt n. exploratores ad eos, qui ſummum imperium adminiſtrant, idem, quod radii lucis ad animam humanam;*

Atque in Viſione Politicâ, quàm in Naturali, rectiùs dicemus, ſpecies rerum externarum ſenſibiles intelligibilesque ad animam (h. e. eos, qui ſummum imperium civitatis adminiſtrant) ab aliis non animadverſas per aërem tranſportari; Ideoq; non minùs neceſſarii ſunt ad ſalutem civitatis, quàm lucis radii ad ſalutem hominis: Vel ſi comparentur aranearum telis, quæ extenſa undiquaque ſubtiliſſimis filis, motus externos ipſis intùs in cavernulis ſuis reſidentibus ſignificant; non magis ii, qui imperant, quid ad ſubditorum ſuorum defenſionem imperato opus ſit, ſine exploratoribus, quàm illa, quando exeundum & quò accurrendum ſit, ſine filis ſuis, ſcire poſſunt. & *num. ſeq 8. Sequitur,* inquit, *non modò licitum eis eſſe, exploratores emittere; ſed etiam ea non facere, illicitum, &c.* (5.) Huc referunt etiam Proditores; quibus itidem uti, regulariter nihil impedit. Vid. Dn. Autor. *loc. citat. num. 24.* Lambert. Danæ. *7. Politicor. c. 6. fol. 526.* † Sed & dolus bonus eſt, quô in civili vitâ excludimus fraudem. *l. cum pater. 77. §. antepen d. leg. 2.* * ubi Dn. Brunnemann. † *l. quia autem. 6. §. pen. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* * Vid. fusè Bargalium, *loco ſupra alleg.* † Et ut dolus malus injuſtitiæ eſt ſatelles; ita bonus prudentiæ comes eſt, juſtitiam ponè ſequens. Sicuti & quædam vis juſta eſt, rationis & juris adminiſtra. Eſt & dolus bonus, quô decipimus amicos, quos aliter ſalvare nequimus. Sic Medici ægrotis imponunt. Muret. *18. var. cap. 4.* Et Divus Paulus ait: *2. Cor. 12. v. 16. Ego vos non gravavi; ſed, cùm eſſem aſtutus, dolo vos cepi.*

Servius Sulpitius, quem virum benè literatum, & ſuæ ætatis doctiſſimum Agellius dixit, *2. cap. 10.* & in jure civili Principem nominat Cicero, *in Brut. Dolum malum* definit, *machinationem quandam, alterius decipiendi causâ; cùm aliud ſimulatur, & aliud agitur. l. 1. §. 2. h. t.* Et quoque Ulpianus in *l. 7. § 9. ff. d. pact.* ſcribit: *Dolus malus fit calliditate & fallaciâ.* Et, ut Pedius ait: *dolo malo pactum fit, quotiens, circumſcribendi alterius causâ, aliud agitur & aliud ſimulatur.* Et, ut ait Salluſtius, *qui aliud clauſum in pectore, aliud promptum in linguâ habet.* Aquilius & Cicero, *3. offic. & in Topic. loco à genere.* breviùs dolum definierunt; *cùm aliud agitur, aliud ſimulatur.* Servius verò, latens definitionis vitium ſubolens: namque in bono quoque dolo aliud agitur, aliud ſimulatur; & poteſt fieri, ut urbanè aliud agamus, aliud ſimulemus; adjecit ideoque verba: *alterius decipiendi causâ.* Rævardus, *ad l. 23. d. R. I.* Princeps ſectæ Proculianæ, Labeo, qui, teſte Pompo-

nio,

nio, in *l.2.d.Orig.Jur.* ingenii qualitate & doctrinæ fiduciâ (quippe non ſolùm juris ſcientiâ; ſed & aliis artibus inſtructus erat) veterum plurima placita innovavit, ita ut JCti, qui eum ſunt ſubſecuti, à ſententiâ ejus plerunque receſſerint, quamvis veram eam eſſe non negarent; ut ejus rei exemplum habemus in *l.ſæpe. 53. d.V.S.l.Stichum. 39.§. ult. d. ſtatulib.* *Imò ut etiam, non minore cum fiduciâ, quàm Labeo alios (utut interdùm minùs bonâ fide) eundem taxare inauſus ſit Paulus, quod oſtendit *l. ult. d. Leg.Rhod.l.penult.d.furt.l.ult. d. uſucapion. & alia paſſim.* Petrus Faber, *ad l. 145. d.Reg.Jur.* Arnoldus Vinnius, *ad §. Inſula. 22. Inſt. d.rer diviſion & a.ear.d.*† In hoc,inquam Labeone tanta reprehendendi fuit libertas, ut ab Auguſto, jam Principatum obtinente, in pleriſque diſſenſerit, Suetonio teſte, *in vita Auguſt cap 54.* Hic idem etiam in definitionibus exagitandis aliorum JCtorum, gloriolam aliquam captavit. Sic à Tuberone propoſitam peculii definitionem reprehendit, *l.5. §. fin. & l.6.ff. de Peculio.* Et idem etiam, gloriam Servii

obliquâ invidiâ ſtimuliſque agitabat amaris.

Indè quoque ſuprà poſitam Servii definitionem, quâ is dolum malum deſcripſit,reprehendere fuit auſus.(1.) quia dolus abſque ſimulatione; (2.) quia & ſimulatio abſque dolo eſſe poſſit: & ita hæc definitio converti nequeat cum ſuo definito. Indè aliam definitionem Labeo proponit: *dolum* nimitum *malum eſſe, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum alterum adhibitam.* Quam Labeonis definitionen veram eſſe dicit Ulpianus. Quâ occaſione inter juris noſtri Interpretes controverſia quædam eſt nata: Quidam enim dicunt, Ulpianum, dùm Labeonis approbat definitionem, etiam Servii reprehenſionem non improbare, ut ſentit Cujac. *ad d.l.* Anton. Faber, *in rational. ibid.* Petr. Perrenonius, *1. animadverſ. cap. 21.* & Ddres communiter. Ulpianum verò utramque approbare definitionem, Labeonis autem reprehenſionem in medio relinquere, ſentit Donell. *15. com. 40.* Arumæ. *d.c. 2.tr. d.morâ. num. 14.* Paulus Buſius, *1.ſubtil.cap. 19.* Id quod & mihi probabilius videtur: cùm anteà idem Ulpianus Pedii definitionem, quæ eadem eſt cum Servianâ, retulerit tanquam bonam. *l.7.§ 9. d.pact.*

Reſtat nunc, ut Labeonis reprehenſiones, quibus Servii definitionem conſpurcavit,abſtergamus Ait is; dolum eſſe poſſe

abſque ſimulatione; ut in rapinâ, aliâque vi apertâ, ubi tamen eſt dolus. Dolus eſt eſſentia & forma omnium delictorum: nullum enim delictum eſt ſine dolo; *l.7.infr. ad l. Corn. d.ſicar.* *(exceptô utique damnô injuriâ datô. *princip.* ibi: *Damno. Inſtit. d. obl. quæ ex del. naſcunt.* junct §.3. ibi: *non minùs ex dolo, quàm ex culpa. Inſtit. d. L. Aquil.* †) & tamen multa delicta ſunt ſine machinatione. Reſpondet Donellus: non vim ipſam dolum malum eſſe; quin toto genere à dolo diſtinctam exiſtere. Sed in vi ineſſe dolum, quatenùs ſimulatio præcedit, vel eſt adjuncta. At nec Hilligerus *ibi lit. M.* tueri Donellum audet: cùm non ſemper ſimulatio vim præcedat, eivè ſit adjuncta, & quippe ſæpiuſculè vis apertè inferatur. Replicat Hilligerus, interdum dolum pro proæreſi accipi, pro certa animi deſtinatione ad delinquendum. Quæ tamen reſponſio non liberat à Labeonis oppugnatione Servii definitionem. Et hoc enim Labeo conquerebatur, non omnem dolum comprehendere illam definitionem. Dicamnè, Servium de dolo in pactis loqui, ubi ſemper ſimulatio & calliditas intercedit? nam non poſſum conqueri, me deceptum eſſe, ſi ſciens prudens deceptus ſum; arg. *d. l. 7. §. 9. d. pactis.* ibi: *ut Pedius ait, dolo malo pactum ſit.* quod & innuit Pacius, *cent. 2 q. 73.* An potiùs dicam, etiam apertè vim inferentem agere dolo, dùm callidè captat occaſionem, er ſucht ſeinen Vortheil / quæ machinatio non abſimilis eſt ſimulationi? Altera Labeonis impugnatio eſt levioris momenti. Poteſt ſimulatio eſſe abſque dolo. Sed ideò addidit Servius: alterius decipiendi cauſâ. Nec neceſſe eſt, ut ſingulæ voculæ definitionis cum definito convertantur, ut Buſius rectè monet, *d. cap. 19.* * Plura de hac doli definitione habet Dn. Hahn, *ad VVeſembec. hic. num. 4.* Bachov. *ad Treutler. Volum. 1. diſputat. 11. theſ 6 lit. A.* Bocer, *Claſſ. 4. diſput. 6. theſ. 40.* †

8. *De dolo actio, quia famoſa eſt, non temerè à Pratore debuit dari. Et ideò ſubſidiaria reputatur, ac demùm competit in defectu remediorum aliorum.*

DOlum malum puniri & vindicari, omninò Reipublicæ maxumè intereſſe videtur; omnia enim ſi fraudulenter agere liceret, humana ſocietas conſiſtere nequiret: nempè gluten quaſi, quô corpus Politicum, ex diſſimularibus & diverſiſſimis partibus con-

conſtans, ſuſtinetur, Fides eſſe cenſetur; cui dolus & fraus è diametro contrariantur. *l. 11. inf. h.* Vindicatur autem dolus malus legibus variis. Cicer. *3. offic. & 3. de nat. Deor.* Et in quàmplurimas actiones venit dolus, eoque reſpectu dicitur, omnibus actionibus bonæ fidei ineſſe de dolo actionem. *l. 7. §. non ſolum. l. 9. in princ. h.* Cujac. *3. obſerv. 37.* Vnde Cicero *d. l.* judicia, quæ nos bonæ fidei vocamus, appellat judicia de fide mala. *i. e.* de dolo. At cùm malitia humana ſit infinita, fallendique innumeri modi; nec proinde omnes doloſæ machinationes in ſpecie Legibus determinari potuerint: Prætor ergò generalem hanc dedit de dolo actionem, quæ proprio nomine caret; cùm aliæ actiones, quibus in ſpecie hic vel ille dolus nominatim coërcetur, ſuo quæque nomine deſignetur. v. gr. actio ex empto, actio mandati. Hæcque ideò actio eleganter *à Patre elegantiarum, Cicerone, *d. libr. 3. d. Natur. Deor.*† omnium malitiarum everriculum appellatur, Haerſolte. *in adverſar. actionib. h. à princ.* quòd ſcil ea everrat & purget, ſi quid doloſi reſtat, quod alias ſubterfugerit actiones. Unde ait Prætor: *Quæ dolo malo facta eſſe dicentur, ſi de his rebus alia actio non erit, & juſta cauſa eſſe videbitur, judicium dabo. l. 1. §. verba. 1. h.* * V. Weſembec. *h. t. n. 5.*† Sanè intentum fuit Prætoris, in ſubſidium aliarum hanc dare; & etiam, cùm actio de dolo famoſa ſit, non temerè debuit à Prætore ea decerni, ſi alia ſit civilis vel honoraria, quâ quis experiri queat. *d. l. 1. §. ait Prætor. 4. & l. 2. C. eod.* * Sive item pœnalis ſit, ſive rei perſecutoria *l. 7. §. 1. h. t.* Dn. Manz. *d. reſtit. tit. 5. num. 40.* Popularis vel privata; *d. l. 7. §. 2.* Manz. *ibid.* petitoria vel poſſeſſoria; *l. 1. §. 4. eod. h. t.* ſive item ordinaria ſit actio, quæ concurrit, ſive extraordinaria ſaltem perſecutio: *d. l. 1. §. 6.* Nam &, ſi v. gr. ex cauſa ætatis in integrum reſtitutio poſſit implorari, hæc famoſa de dolo Actio excluditur. *d. §. 6.* Vbi tamen, quod nonnulli generaliter aſſerunt: Minoribus nunquàm competere hanc ſubſidiariam de dolo actionem, ex dicta ratione, quia ſcil. ſpecialiter ex cauſa ætatis contra dolum aliorum ipſis proſpiciatur; (Dn. Franzk. *in Comment. π. tit. d. Minorib. num. 15.* Dn. Manz. *alleg. tit. 5. num. 50.*) hoc alii regulare quidem eſſe, largiſſimè largiuntur: Sed, ſi tamen minor ex capite ætatis in integrum reſtitutionem conſequi non poſſit, fortè quòd res ab ipsô amiſſa non ampliùs valeat recuperari, ſanè quin & ipſe hôc juris remedio tunc habeat opus, non eſt dubitandum; ut in ſpecie *l. 7. princ. h. t. de dol. mal.* Coll. Jurid. Argento-

rat. *h. tit. num. 38. & 77.* † Portò Labeo, & tunc locum dat actioni de dolo, ſi dubitatur: an alia ſuperſit. *l. 7. §. non ſolum. ff. h.* * Dn. Manz. *loco ſupra cit. num. 38.* † Nec folùm, ſi adverſus eum alia actio ſit, adverſus quem querimur de dolo, vel à quo res poterit ſervari, non eſt huic edicto locus; Verùm etiam ſi adverſus alium ſit actio, vel ſi ab alio res mihi ſervari poteſt, aliovè remedio rem meam conſervare queam. *l. 1. §. f. cum ll. ſeqq. h.* * Manz. *d. loc. num. 39.* Bachov. *ad VVeſembec. hic. num. 5.* Dn. Brunnem. *ad l. 1 h t. num. 6.* † Et hæc omnia communiter approbata cenſentur. Buſius, *ad d. l. 1. ff h.* Sichard. *ad l. 2. C. eod.* Donell. *15. com. 40.* Pacius, *2. ἐναντ. quaſt. 74.* * Conferatur plenâ manu hæc pervolvens Dn. Manzius, *d. tit. 5. num. 38. & mult. ſeqq.* Wiſſembach, *ad π. diſput. 13. theſ. 31.* † Verùm non eſt hæc regula ſine exceptione. Actio namque quod metus cauſa cum hac noſtra concurrit, ſi nempè is, qui metum intulit, eâ convenitur. *l 14. § 13. ſupra quod met. cauſ.* * Dn. Manz. *loco ſæpe allegat. num. 54.* † Vndè & cum hâc actione locus eſt interdicto unde vi: quia id concurrit cum actione quod metus cauſa. *l. 9. §. 1. ſupra quod met. cauſ.* Vid. etiam Schultes, *1. quaſt 7.* an, & quatenùs doli actio, cum aliis actionibus concurrat? *pleniſſimè Colleg. Argentorat. *hic. th. 74. & mult. ſeqq.* † Quamvis autem Donellus & alii, ab Hilligero, *lit. S. & bb.* allegati auctores non hîc exceptionem à regulâ dari velint, & *ad d. l. 14.* variè reſpondere conentur; Expeditiſſimum tamen eſt, admittere exceptionem: ut nimirum ſpeciale ſit, quòd cum doli actione concurrat actio quod metus cauſa: non quidem in odium metûs atque violentiæ; ſed quia æquè ac de dolo actio, ea quod metus cauſa ſubſidiaria eſt, *l. 14 § 2. ſupra quod met. cauſ.* & interdum dubitari poſſit, utra ſiet danda: meritò placuit concedere utramque, quod & Pacius, *d. quaſt. 74. ad fin.* obſervavit. * Vide Dn. Brunnemann, *ad l 1. num. 6. ff. hoc tit.* & *ad l. 2. C. eod.* Franzk. *ad π eod. hoc tit. num. 21.* † Multum obſtare videtur, quod *in L. qui tabulas. 42. ad l. Aquil.* reſpondetur: *Si quis alterius Tabulas aut inſtrumentum ita deleverit, ut legi non poſſit, legis Aquiliæ actione teneri.* * Contrà tamen, iiſdem caſibus, actionem de dolo paratam eſſe, relatum eſt *in l. ſi quis. 35. h. tit.* Cæterum ibi de dolo actio non domino Teſtamenti aut inſtrumenti deleti, vel corrupti datur; ſed legatario aut heredi, qui aditione hereditatis nondum dominus ejus eſt factus; eoque legis Aquiliæ actionem

Digitized by Google

onem habere nequit. Buſius, *2. ſubtil. cap. 17.* Minus impedit *l. 1. Cod. d. dolo.* ubi videtur actio mandati, & de dolo concurrere. At ibi verba: *de dolo poſſit actio exerceri, &c.* non ſpecialiter de doli actione ſunt intelligenda; ſed quòd ob dolum, actio detur, ea ſcil. quæ competit tali in caſu, nempè actio mandati, in quam etiam venit dolus. *l. ſi mandato. 59. §. 1. ff. mandat.* & aliud eſt, ob dolum actionem dari; & rurſum aliud, doli dari actionem. Ob dolum dantur multæ actiones, ſed tùm demùm doli, ſi non competere alia poteſt. * Aliter ad hanc l. atque, ut videtur, rectiùs reſpondet, poſt Bachov. & Fabr. Dn. Brunnemann, *ad d. l. Cod. d. t.* ubi vide omninò. † Sunt & aliæ prætereà Leges, quæ huic noſtræ regulæ videntur obſtare; ſed cùm iis ſatisfaciat Donellus, & ad eum Hilligerus, *d. c. 40. lib. 15. com.* non eſt, quod eos exſcribam. * Præter autem modo dictam in actione quod met. cauſ. Limitationem, ſupra poſita regula & alias adhuc patitur non minùs notabiles limitationes: Vnde ſi (2.) alia Actio concurrat, æquè, ac hæc de dolô, famoſa, ea neutiquàm excluditur. Brunnemann, *ad d. l. 1. C. h. t. num. 4. & ſeqq.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſp. 11. theſ. 6. lit. E.* qui ad hujus illuſtrationem, *l. 18. §. 3. ff. h. t.* junct. *l. 52. §. 22. infra, d. furt.* adducit, & non ſine cauſa Anton. Fabri, concurſum actionis furti cum actione de dolo *in rational. ad l. 7. & d. l. 18. ff. h. t.* negantis, judicium deſiderat. * Cœterùm quòd exinde nonnemo, omnes Actiones ex delictis, quibus dolus vindicatur, cum hac de dolo A. concurrere putat, illud equidem non valido ſubſiſtere talo vel hinc ſatis patet, quòd multę ex delictis proſtent actiones, quibus, etiam propter dolum, damnati infamiâ juris notantur vel minimè; ut ſunt actio, v. gr. de ſervo corrupto, L. Aquiliæ, rerum amotarum & ſimiles aliæ. Vid. Dn. Manz. *ad tit. de his. qui not. infam. num. 10. 186.* Celeberr. Dn. Lauterbach/ *Exerc. ad π. 10. theſ. 5. & 6.* * (3.) Prædicta regula etiam limitatur in accuſationibus ſive actionibus criminalibus; quæ itidem ſine dubio cum hac de dolo actione concurrunt: exemplum occurrit *in l. 9. §. 2. ff. h. t.* Dn. Brunnemann, *ad l. 1. ff. eod. num. 6.* poſt Vigel. Dn. Manz. *cit. loc. num. 56.* * (4.) Si aliud quidem ordinarium remedium competat; ſed quod v. c. ob inopiam Adverſarii ſit inane futurum, tunc etiam in ſubſidium actioni de dolo conceditur locus. *l. 5. l. 6. l. 7. §. 6. & 9. hoc tit.* Brunnemann, *ad d. l. 2. & ſeqq. h. t. num. 4.* † Non minus operæ pretium

eſt,

eſt, ut de hoc inquiram: An actio de dolo concurrat cum exceptione doli? Caſus hujus quæſtionis eſt talis: *Dolo effecit Titius, ut ſibi promitterem centum, quæ dùm petit, in promptu mihi eſt exceptio de dolo, quâ illam excludere licet actionem. Hæc quidem exceptio perpetua eſt; ſed eâ uti nequeo, niſi actio adverſus me inſtituatur. Verùm ſi nolim eſſe obligatus, nec mihi commodum videatur exſpectare, uſque dùm adverſus me, vel heredem meum actio inſtituatur, quia forſan metuo, ne moriantur Teſtes, quibus probare poſſum Titii dolum;* Quæritur itaque non præter rationem; *An agere queam de dolo, ut me liberem illâ promiſſione? Nùm verò tenear exſpectare, uſque dùm adverſario meo libuerit, me actione inquietare, & demùm uti exceptione?* Quod Dd. communiter negant, Sichardo teſte, ad *d. l. 2. C. hîc. n. ult.* Nempè quod actio de dolo non detur, quandocunque res aliter ſalvari poteſt. Et in hanc rem textus eſt expreſſus *in l. ult. ff. h.* ubi creditor, ut credito ſuo potiretur, heredem decepit, ut debitoris hereditatem non idoneam adiret. Et reſpondet Furius JC. *Si ſolus is, qui decepit, creditor ſit, ſufficere contra eum doli mali exceptionem, nec deceptorem actione doli teneri.* Et quamvis hoc Bart. *ad d. l. ult.* Cynus, & Caſtrenſis *in l. 2. Cod. h.* in dubium trahant; nulla tamen ratione contra nituntur. Neque ad rem aliquid facit, quod ajunt, de dolo actionem & doli exceptionem ex eâdem promanare causâ. *l. 2. infr. de doli except.* Nam non exindè ſubſumere debemus, bina illa remedia concurrere poſſe. Quippè & complures aliæ actiones, ex dolo admiſſo, exerceri queunt, ut jam *ſuprà* dixi; quæ tamen de dolo actionem excludunt. * Adde quòd exceptio de dolo non infamet, ſicut Actio: neque enim illam, ſicut hanc, in edicto de infamibus Prætor notavit, neq; alibi hunc effectum ea legitur producere: (jungat. *l. 4. §. 16.* ibidemque Dn. Brunnemann, *num. 17. infr. d. dol. mal. except.*) facit textus non minùs luculentus *in l. 1. §. 4.* ibi: *vel exceptio, quâ ſe tueri poſſit, ceſſare hoc Edictum. ff. hoc. tit.* Dn. Struv. *ad π. h. tit. d. dol. theſ. 36.* Coll. Jurid. Argentorat. *hîc. th. 42. in fin.* Dn. Franzk. *ad π. eod. hoc tit. num. 19.* †

Firma ergò Regula ſtat: De dolo actionem, cùm aliud nullum remedium competit, demùm permitti. Et huic eidem innititur fundamento, quod ex Labeone Pomponius refert: *d. l. 1. §. idem Pomponius. 6. ff. h.* Si actio quæ alicui competebat, tempore ſit finita, eâ deficiente, de dolo agi non poſſe; *l. 1. §. idem Pomponius.*

Digitized by Google

niu. h. ſibi imputaturo eo, qui agere ſuperſedit; niſi hoc quoque dolo malo fuerit factum, ut tempus exiret. Quod & idem eſt, ſi amiſſa ſit actio, facto ejus, qui deceptus fuit, nimirum acceptilatione, novatione, &c. *l. 4. C. d. Tranſact.* Et eſt hæc deciſio æquitati conformis omninò: alioqui hæc negligentia, quâ actionem præterlabi paſſus fuit, & ipſi prodeſſet, & adverſario noceret, qui teneretur actione famosâ, quâ, ſi actio illa tempore amiſſa non eſſet, haut conveniri potuiſſet. Ant. Faber, *in rat. h. ad l. 1. §. pen.* * Conferat. omninò Colleg. Juridic. Argentorat. *hic. num. 42.* Dn. Brunnemann, *ad l. 1. §. 6. eod.* ubi iſta exemplo actionis Redhibitoriæ eleganter illuſtrat, & quid hîc in foro conſcientiæ obtineat? laudabiliter ſubnectit. † Non obſtant verba edicti noſtri: *ſi alia actio non erit, judicium dabo.* Ex quibus concludi poſſe videtur: Judicium polliceri Prætorem, ſi aliquando alia fuerit actio, & tùm demùm denegare actionem, ſi alia adhuc ſuperſit. Reſp. factum cuique ſuum obeſſe; proinde facto ſuo, vel negligentiâ amiſſam actionem perindè haberi ac ſi adhuc ſupereſſet. Donell. *d. cap. 40.* Nec refragatur *l. Antaus. 14. in pr. d. aq. & aquæ pluv.* ubi ponitur caſus, quo convenitur aliquis intra annum, interdicto quod vi aut clam; anno autem elapſo JC. de dolo adhuc judicium dandum eſſe ait. At *illam l.* de eâ ſpecie Buſius, *ad l. 1. n. f. h.* & Pacius, *cent. 2. ἐναντ. q. 75.* rectè ſumunt, ubi dolo adverſarii annus lapſus fuit, quod mihi expeditum videtur: quia de eo venditore agit ibi JC. Paul. qui in potentiorem prædium diſtraxit, cùm quo novi operis nunciator agere nequivit.

** Vtrum, ſi is, qui nomine Vniverſitatis mutuam accipit pecuniam, non verus fuerit ejus Adminiſtrator; ſed dolo malo ſe talem ſimulaverit: aut, ſi verus ejus Adminiſtrator, ſpeciale mandatum ad mutuum accipiendum, à tota Vniverſitate, ſe habere aſſeruerit, locus fiat huic noſtræ de dolo actioni? diſquirit Carpzov. *lib. 2. t. 10. Reſp. 109. n. 2. & ſeq.* ubi per *l. 23 & 38. hoc n. tit.* affirmantibus accedit; quos intereſt etiam Hartmannus Piſtoris, *lib. 1. quaſt. 37. num. 69.* Sed enim, cùm hîc condictio competat ob cauſam datorum, per tradita Gaillii, *tract. d. Arreſt. cap. 9. numer. 5.* Dn. m. Proavi, Johannis Harppr. *princip. Inſtit. quib. mod. re contrahit. obligat. numer. 49.* quam dolus ejuſmodi Adminiſtratoris haudquaquam excludit; argum. *l. 14. d. cond. cauſ. dat. c. n. ſec.* eapropter hanc ipſam de dolo actionem excludere non dubitat

Fff Anto-

Antonius Faber, *ad d. l. 14.* Henricus Bruning, *d. var. Univerſit. ſpecieb. theſ. 78.* meritiſſ. Dn. Lauterbach / *in Commentat. ad l. 27. de reb. cred. cap. 5. §. 12.*†

9. *Litis conteſtatio, num perpetuet actionem doli?*

ACtio doli, (quæ olim anno utili, Duar. *h. cap. 4.* Cujac. *d. diverſ. temp. præſcript. cap. 21.*) hodiè continuo biennio, à die admiſſi doli, terminatur, ut reſcribit Imp. Conſtantinus, *in l. ult. C. h.* & currit hoc tempus etiam ignoranti, vel abſenti; quod & *in d. l. ult.* ſancitur: * cùm alioqui tempora præſcriptionum, in pleriſque judiciis, ignorantibus non currant, ut multis confirmat Andr. Tiraquellus, *de Retr. lign. §. 35. gl. 4. num. 1. & ſeqq.*† Sed nimirum utrumque hoc publicam utilitatem concernit: Non enim lites multiplicari debent; nec conſultum eſt, plures ſubditos infamiâ laborantes Principem habere. * Confer. Mynſing. *ad §. præterea. 40. numer. 33. Inſtitut. d. actionib.* Dn. Hahn, *ad VVeſembec. hic numer. 8.* Perez. *in Cod tit. d. tempor. in integr reſtitut. num. 8.* Bachov. *ad Treutler. volum. 1. diſputat. 11 theſ. 7. lit. F.* Dn. Manz. *tr. d. reſtit. in integr. tit. 5. num. 82.* ** Et quamvis hoc biennium, in *l. fin. Cod. d tempor. in integr. reſtitut.* ad quadriennium, extenſum videatur Dionyſio Gothofredo, *ad l fin. C. hic lit. ſ.* Attamen rectè contrarium docet Anton. Perez. *ad Cod. d. t. d. tempor. in int. reſtit. num. 3.* Bachov. ad VVeſembec. *ff. ex quib. cauſ. maior. num. 8.* Dn. Manz. *cit. loc. num. 82.* Dn. Hahn, *ad VVeſembec. h. n. tit. num. 8.* qui omnes *modo d. l. ult. Cod. d. tempor. in integr. reſtitut.* ad in integrum reſtitutionem minorum, & majorum ſpecificè ſic dictam (quæ videlicet tractatur in edicto Prætoris, ex quibus cauſ. major.) reſtringunt.† Cæterum actio in factum, in id, quod locupletior eſt effectus doloſus, vel heres ejus, perpetuò competit. *l. 28. in f. h. t.* Weſemb. *in parat. h. n. 8.* Duar. *h. c. 1.* * Sichard. & Brunnemann, *ad. l. fin. Cod. h. t. n. 10. & ſeqq.*† quia nempè rei perſecutoria eſt; * & perpetua meritò debet eſſe æquitas regulæ illius quòd nemo debeat lucrari ex alieno damno. Pœnarum verò non eſt tantus favor, v. gratia, ſi dolo ſit debitor liberatus, *ut in l. 38 h.* perpetuò tenebitur. Sin verò animal ab alio promiſſum fuerit occiſum, ut *in l. 18. §. ult.* hic non tenetur; quia

quia nihil inde pervenit ad occidentem. Similiter & doli exceptio perpetua meritò exiſtit, non ſolùm adverſus heredem, verùm & adverſus ipſum doloſum: (* Colleg. Jurid. Argentor. *ad h.t. theſ. 61.*†) cùm actor quidem in ſuâ poteſtate habeat, quando utatur ſuo jure; is autem, cum quo agitur, non poſſit actorem cogere, ut inſtituat actionem. *l. purè mihi. 5. §. ult. infr. d. doli except.* * Dn. Brunnemann, *ad l. fin. Cod. h. t. num. 13.* Dn. Struv, *ad π. exerc. 8. theſ. 41.*

Quod verò dixi, abſenti & ignoranti, biennium huic noſtræ actioni præfinitum currere, ei obſtare videtur *l. 3. C. h. t.* ubi Gordianus Imper. reſcribit: *Non poſſunt obeſſe tibi tempora, quæ in actione de dolo ſolent computari, quibus Reipublicæ causâ occuparis, &c.* Reſp. Donell. *15. C. 40. ad fin.* reſcribere Gordianum ſecundum ſua tempora, quibus annus utilis huic actioni præſtituebatur. Nec rarum in Codice eſſe, ut leges poſteriores prioribus adverſentur, eaſque abrogent, &c. Hæc tamen conciliandi ratio mihi minimè approbatur: cùm mens fuerit Juſtiniani, Codicem pro unâ lege, cujus multa capita ſint, haberi; ut noviſſimè docuit Helfric. Hunnius, *tr. d. interpr. & auctorit. jur. lib. 2. cap. 3. q. 1.* Et quod hanc noſtram attinet antinomiam, ea planè nulla eſt, ſi pro regulâ *d. l. ult.* accipiamus: quòd nimirùm abſentia hîc non excuſet, cui loco exceptionis ſubjungatur, ex *d. l. 3.* niſi ea ſit Reipublicæ causâ; quod & placet ibi Hilligero. Ac eſt manifeſta ratio, ſingularis in hoc caſu juris: quia publicè refert, ut neceſſaria abſentia, & officium Reipublicæ impenſum non officiat cuiquam: quò ſcil. promptiùs ea munera ſuſcipiantur, majorique curâ adminiſtrentur. * Conſent. B. Dn. Brunnemannus, *ad l. fin. num. 4. C. h. t.* Colleg. Jurid. Argent. *h. t. theſ. 59.* Vide Vigelium, *method. jur. civ. lib. 25. cap. 3. q. 8.* Dn. Manz, *loco ſupra alleg. num. 84.* ** Secundò à regulâ legis hujus ultimæ excipiunt Minorem: ſic ut & ille in caſibus, quibus opus habet hâc ipsâ actione, ut in ſpecie *l. 7. princ. d. dol.* (regulariter namque, dùm ſpecialis ex capite ætatis reſtitutio conceditur. *t. t. d. minor.* hæc eidem denegatur, per *l. 1. § 6. h. tit.* add. text. expr. in *d. l. 7. princ.* ibi: *dandam de dolo actionem.* junct. verb. ſeqq. *Adverſus manumiſſum nulla in integr. reſtitutio. poteſt locum habere. ff. eod.*) poſt biennium quoque actionem de dolo adhuc poſſit intentare, argum. *l. ult. Cod. in quib. cauſ.*

in integr. reſtitut. neceſſar. n. e. Colleg. Juridic. Argentorat. *titat. theſ. 59.* quod an rectè dicatur, dubitatione equidem non caret omni.†

Verùm *An litis conteſtatione actio hac perpetuatur? ut in cæteris actionibus fieri ſolet.* * *l. 139. d. Reg. iur. l. 84. d. verb. obl. l. 9. §. 3. d. iureiur. l. ult. in fin. d. fideiuſſor. & nominat.* † Negat Donellus. *d. c. 40. lib. 15. com.* hocque ait ſpeciale eſſe hic, ob judicii gravitatem. Pro ſe allegat *d. l. ult. C. h.* ubi *in fin.* ita reſcribit Imp. Conſtantinus: *Sciant omnes, neque incipienda poſt biennium, neque ante completum biennium cœpta, poſt biennium verò finienda doli actionis, licentiam eſſe conceſſam.* E. ſi poſt biennium actio doli jam cœpta finiri non poteſt; Litis conteſtatione non poterit perpetuari; * cui accedit Brunnemann. *ad eand. hanc. l. num. 5. & ſeq.* ubi dicit: *communiter hac verba ita intelligere Ddres.* Dn. Hahn. *ad VVeſemb. hic. numer. 8.* Dn. Lauterbach / *d. variet. tempor. Artic. 7. §. 3.* Dn. Struv. *ad π. d. Exerc. 8. theſ. 41.* † At verò Cujac. *18. obſerv. cap. 29.* qui ibi, quatenùs, litis conteſtatione, actio perpetuetur, eleganter docet, & ſimul doli actionem non excipiendam eſſe putat. Quippè non ritè ſequi videtur: actio intra certum tempus eſt perficienda; ergò litis conteſtatione non perpetuatur. Tantùm enim inſtantiam perire autumat, eamque perire lite ſalvâ. Et ita poſt biennium non incipi (niſi fuerit perpetuata) nec effluxo biennio continuari, ſed de novo incipi poteſt. De quâ tamen opinione, propter verba *d. l. ult.* ſatis urgentia, quis dubitare non immeritò queat. * Vide etiam Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſput. 11. th. 7. lit. T.* * Utique, ſi culpâ ipſius Actoris intra Biennium hæc actio ad finem non perducatur, habet, quod de ſe ipſô conqueratur: * Sin autem dolô Adverſarii id fiat, nova de dolo actio competit; argum. *l. 1. §. 6. in fin.* & *l. 18. §. penult. ff. h. t.* Si denique per culpam & negligentiam judicis, vel etiam ejuſdem aut advocati dolum, locus erit ſanctioni *l. 13. Cod. d. iudic.* juxta Dn. Brunnemann. *loco ſupra cit.* † Hodiè tamen, cùm lis ſemel cœpta plurimos annos durare poſſit, nec inſtantia perimatur, Cujacii ſententiam praxi concordare apparet. * De uſu Cameræ Imperialis teſtatur Mynſinger, *centur. 1. obſervat. 51.* † *Qua* autem *iuris remedia habeat is, qui, dolo deceptus, tradidit rem?* vide Daſſel. *conſil. 22.* * Bald. *ad l. 7. princ. h. t. num. 4. 9. & 10.* Bachov. *ad h. t. cap. 2.* Vinn. *ſel. Q. cap. 12. in fin.* Dn. Struv. *ad π. Exerc. 8. theſ. 30.* †

TIT.

Digitized by Google

TIT. IV.

DE MINORIBUS XXV. ANNIS.

10. *Reſtitutio in integrum minorum, concurrit cum remedio communi, & minoris electio eſt, utro malit uti.*

LÆtoria lex, de quâ Briſſonius, *3. ſelect. antiquit.* minores concernebat; * Nimirum, cùm lege 12. Tabb. de Curatoribus propter ætatem adoleſcentibus dandis nihil proſpectum, nec certum ullum remedium adverſus captiones & circumſcriptiones, quibus minor ætas obnoxia eſt, introductum fuiſſet; hæc poſtea lata eſt lex Lætoria,† quâ cavebatur, ut iis Adoleſcentibus, qui furioſi, vel prodigi eſſent, imò & ob alias cauſas, darentur curatores: & qui eos circumſcripſiſſent, judicio pûblico tenerentur. Cicer. *3. off.* & *d. nat. deor. 3.* * Vide Vinn. *ad §. item inviti. 2. Inſt. d. Cur. n. 1.*† Item ne à minoribus viginti quinq; annis ſtipulari liceret; h.e. ne ſtipulatione obligari poſſent. Et ad hoc caput Plautus alludit in Pſeudolo, ubi Callidorum ſic loquentem facit: *Nimis ſum miſer, nummum nuſquam reperire argenti queo. Ita miſer & amore pereo, & inopiâ argentariâ. Perii an non? tùm lex me perdit quina vicenaria. Metuunt credere omnes.* Sed hæc lex, lapſis temeritate juvenili haut ſubveniebat. At hoc nunc edicto, Prætor minorum reſtitutionem ſibi penè arbitrariam effecit, eamque ſibi extraordinariè reſervavit, adeò ut nec facti cognitio judicis dati officio peragebatur, ut Buſius docet. *ad l. 1. h.* Verùm cùm quærimus, ſi minori competat remedium aliud, an nihilominus in integrum reſtitui queat? Ibi plures caſûs ſunt diſtinguendi, ut Pacius etiam obſervavit. *cent. 2. ἐναντ. 99.* (1.) Cùm minor ipſo jure tutus eſt, reſtitutio ceſſat. Namque ſi communi auxilio, & mero jure tutus eſt, extraordinarium auxilium ei tribui non debet. *l. in cauſa. 16. in pr. ff. h.* * Jacobus Menoch, *conſil. 380. num. 32.* Klock, *vol. 1. conſil. 37. num. 132.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. 16. n. 1. ff. h. t.* Colleg. Jurid. Argentorat. *hîc. theſ. 100.* Sfort. Oddus, *q. 17. artic. 7. n. 62.*† v. gr. cum pupillo contractum eſt ſine tutoris autoritate, nec locupletior eſt factus: hîc nec naturaliter, nec civiliter obligatur. Ergo non opus eſt reſtitutione, cùm id, quod nul-

lum eſt, non egeat reſciſſione. Vndè generaliter probatum eſt: *Ubi contractus non valet, pro certo Prætorem ſe interponere non debere.d.l.16.§.3.* Quandò verò contractus, ſuper rebus minorum, ſit ipſo jure nullus? vel minor reſtituendus? conſule Roſacorb. *cap. 77.* ** Proſtantque prioris generis caſus *in l 3 C.h.t.d. in int reſtit. minor. l.2. Cod. ſi adverſ. Donation. l. 2. l.4. l. 8.* & *t.t. C.d.prad. & al. reb. minor. l. 12. ff.h.tit. d.minor. l. 4. Cod. ſi tut. vel curat. l. 4. Cod. ſi adv.rem iudic.l. 1. C. in quib. cauſ. in integr. reſtit. l. 54. ff. de re iudic. l. 3. princip. Cod. ſi adv. libert. l. 3. Cod. in quib. cauſ. in integr. reſtitut. l. 1. l. 4.* & *t. tit. Cod. eod.* Conferatur omninò Colleg. Jur. Argentorat. *h. n. tit. theſ. 60.* † Ac contractus, ut pro nullo declaretur, an peti poſſit à minore, non reſtituto pretio, & quid in reſciſſione? vide Maſtrillum, *1. deciſ. 13.* (2.) Cùm datur minori actio contra eam perſonam, contra quam vult reſtitui, reſtitutio non denegatur; v.gr. ſi minori competat aliquod remedium, quod etiam competeret majori, & nempè ſi ei condictio indebiti detur; quia indebitum per errorem promiſit, aut ſolvit: nihilominùs in integrum reſtitui poteſt. (* Vid. tamen Weſemb. *in fin. C.h.t.* Dn. Manz. *ad eund. h. tit. n. 110.* †) Et in arbitrio eſt minoris, utro remedio uti velit. *d. l. 16. §. Pomponius. 2. h.* Non enim debet deterioris, vel paris cum majore conditionis eſſe minor. ** Vtique tamen, quæ hîc dicuntur, cum granô ſalis & cautè legenda, nec niſi de tali aliquâ Generali actione, qualis eſt condictio ſine cauſa vel indebiti, ſunt exaudienda. Vide Dn. Brunnemann, *ad d. §. 2. legis. 16. hoc n. tit.* ubi meminit, hanc eandem ſententiam: Quòd nempe, ſi remedium ordinarium ſit judicium generale, per extraordinarium non excludatur; ſed cum eo concurrat, jam olim etiam fuiſſe Martini & Cujacii, *ad d.* §. Adde Sfortiam Oddum, *Q. 17. artic. 2. num. 24. 25.* * Cœterùm, ſi hæc verba generaliter, atq; ut jacent, eſſent interpretanda: Quòd nimirum, ſi contra illum, contra quem petimus reſtitutionem, alia quoque ordinaria actio competat; utrumque remedium tàm ordinarium, quàm extraordinarium electivè intentari poſſit, ſanè tota hæc materia de concurſu remedii ordinarii & extraordinarii præcipuam partem deſtrueretur; cùm utique non aliter ordinarium remedium excludat extraordinarium, quàm ſi utrumque ſit æquè commodum & contra eandem competat perſonam; per tra-

tradita Oddi, *d. reſtitut. Q. 17. artic. 2. num. 14.* ubi vide omninò. † (3.) Quando minori datur actio contra aliam perſonam, æquum eſt, ei reſtitutionem denegari: Nam illa reſtitutio cum ejus nocumento, contra quem petitur, prodeſſet illi, adverſus quem actionem omitteret minor. Inde *in l. cum mandatu. 23. ff. h.* minori, qui mandatu alterius negotia geſſit, reſtitutio denegatur; cùm habeat actionem mandati. Ac ſi hoc in caſu minori conſuleretur per in integrum reſtitutionem, eo ipſo conſuleretur mandanti, quod eſt iniquum. At hoc ita eſt intelligendum, niſi utilior ſit reſtitutio minori, vel propter inopiam ejus, contra quem actio competit, vel ob aliam cauſam. Generaliter, quotieſcunque intereſt minoris, reſtitutio non denegari debet. *l. 9. in pr. h.* *De illa vulgari limitatione, ſi remedium ordinarium ſit plenius & pinguius, quàm extraordinarium, Vide Sfortiam Odd. *d. p. 1. quæſt. 17. artic. 2.* Bened. Carpzov. *p. 2. c. 11. def. 34.* Bachov. *ad h. t. c. 16. num. 1.* Sigiſm. Finckelthaus, *obſ. ult. num. 15.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. 16. ff. h. t.* & *ad l. 3. Cod. ſi tutor vel cur.* Dn. m. Proavum, *d. Proceſſ. Judiciar. decad. 22. concluſ. 10. num. 4. & 5.* Scipion. Gentil. *lib. 1. d. juriſdict. cap. 26.* Valentin. Volz. *comment. ad l. 2. §. 5. ff. ad l. Jul. d. adulter.* quaſi etiam omnes admittere, infinitis fere autoritatibus confirmat Oddus, *citat. loc.* † (4.) Si læſus ſit minor ex negotio tutoris vel curatoris; (*intellige, quod cum dolo vel culpa ipſius conjunctum eſt. Anton. Faber, *in rational. ad l. 45. §. 1. verb. fraude tutoris. ff. h. t.* †) tùm electio ei datur utrum reſtitutionem petere, an verò actionem tutelæ adverſus ipſum tutorem vel curatorem intentare, & ab iis damna recuperare velit: nec ei præjudicium generatur per electionem. *l. 3. & l. ult. C. ſi tutor vel curator interven.* *Johann Petr. Surdus, *conſil. 95. num. 20. & ſeqq.* Dn. Carpzov. *lib. 5. tit. 8. reſp. 76. num. 1.* Perez. *in Cod. cit. tit. num. 1.* † Quod manifeſtariam habet æquitatem: cùm incivile ſit, conqueri curatorem, quòd non reſcindit minor id, quod curator geſſit. *Vide hîc Dn. Manzium, *num. 113.* † Præterquam ſi, negligentiâ curatoris, minor in judicio damnum ſit paſſus: tùm enim primò perſonalem actionem, & ſi demùm per eam non ſatisfiat, reſtitutionem implorare poteſt. *l. properandum 13. §. fin. C. d. judic.* Convenit enim auctoritati judiciali, magis tutum eſſe eum, qui, cum minoris curatore, in judicio agit; quàm extra judicium.

dicium, Cœterùm ſi colluſione vel fraude, tutor vel curator adverſarium paſſus ſit abſolvi, tunc utram viam minor mavelit, eligere poteſt. *l. etiam. 45. §. 1. inf. h. t.* Quippè per colluſionem & fraudem vincentibus auctoritas judiciorum prodeſſe non debet. * Jungatur omninò Anton. Faber, *in rational. ad §. 1. d. l. 45.* * Quamvis autem Gothofred. *ibid. lit. K.* poſt Accurſium & Cujac. verba: *licentiam habere, &c. in d. l.* ita explicet, quaſi neceſſitatem, non electionem habeat pupillus agendi priùs cum tutore: attamen iiſdem prolixè occurrit *cit. loc.* laudatus Faber. * Planè ſi minor cum Titio contrahat, autore tutore, cum Titiô colludente, ſicque ejus dolo malo circumſcribatur, quamdiu id, quod ipſius intereſt, à ſuo tutore actione tutelæ conſequi poteſt, reſtitutio ex capite doli, adverſus doloſum illum contrahentem, planè quieſcit; ut jam ſupra *quaſt. 8.* relatum ex *l. 5. d. dol. mal.* * ſicque illa vulgaris regula, quâ (circa hanc quartam limitationem) Ddres utuntur: *Quando remedium ordinarium & extraordinarium contra diverſas competunt perſonas, neutrum alterum excludere*, notabiliter limitatur. Sfort. Oddus *d. q. 17. n. 14. 15.* *Vide etiam *l. 39. §. 2. ff. h. t. d. minor.* & ad illam Brunnemannum, *num. 10.*† De reſtitutione in integrum, *adverſus aditionem hereditatis*, ac *inventarii malè confecti:* ac *an prius adverſus curatorem*, ſeu tutorem *experiri debeat, quàm ei reſtitutio concedatur?* deciſionem habet Magonius, *deciſ. 68.*

11. *Petens reſtitutionem minor, quid probare teneatur?*

EX hoc edicto nulla propria actio, vel cautio proficiſcitur; quia nempè reſtitutio tantùm pendet ex Prætoris vel Iudicis cognitione, an juſta cauſa ſit reſtitutionis? *l. quod ſi minor. 24. §. fin. ff. h.* * Dn. Carpzov. *lib. 3. tit. 1. R. 6. num. 32.* Donell. *lib. 21. c. ult. lit. P.* Dn. Brunnemann, *ad l. 24. §. fin. num. 11. ff. h. tit.* Arnold. Vinn. *ad princ. Inſt. d. action. n. 6.*† Neque enim omnia, quæ minores 25. annis gerunt, irrita ſunt; (nemo enim, propter metum reſtitutionis, cum illis contraheret; undè eis quodammodo commercio interdiceretur, quod infamiâ quaſi afficeret, & magno ſubindè lucro minores privaret; * Quæ ferè ſunt verba ICti *in l. 24. §. 1. ff. h. tit.* ubi Dn. Brunnemann. †) Sed ea tantùm reſcindun-

Digitized by Google

duntur. quæ, causâ cognitâ, ejuſmodi fuerint deprehenſa, quæ æquitas naturalis (quam hic ſequitur Prætor) non admittit. *l. non omnia. 44. l. verum. 11. §. ſciendum. 3. h.* * Interdum tamen ordinaria quoque actio locum hîc invenit, *l. 13 §. fin. h. n. tit.* de qua Dn. Franzk. *ad π. tit. d. in integr. reſtitut. num. 36.* Donell. *d. lib. 21. cap. ult. lit. P.* Brunnemann, *ad d. l. 13. §. ult. h. t.* † Et quidem in omnibus negotiis, Prætor minori pollicebatur reſtitutionem. Ait enim: *quod cum minore geſtum eſſe dicetur, uti quæque res erit, animadvertam.* Vox autem gerere, generalis eſt. * Brunnemann, *ad l. 7. ff. h. t.* Gædde. *ad l. 19. infra, d. verb. ſignific.* † Et ita ſuccurritur minori, ſive contraxerit; *l. ait Prætor. ff. h.* ſivè, dùm in judiciis agit, vel convenitur, captus ſit, puta ſi non provocavit intra diem; *d. l. ait Prætor. §. item ſi.* vel aliô modô in Iudicio aliquid faciat, vel intermittat; * de quibus prolixè Colleg. Jur. Argentor. *hoc t. n. 46.* † Imò is reſtituitur contra tres ſententias conformes. Maſtrillus, *1. deciſ. 45.* * Circa quam tamen quæſtionem varia Cameræ ac diverſa præjudicia fuiſſe, teſtatur Joachim Mynſinger, *lib. 3. obſ. 84.* Colleg. Iurid. Argentor. *hoc tit. theſ. 45.* Adde Dn. Bocerum, *claſſ. ult. diſput. 10. theſ. 93.* Dn. m. Proavum, *d. proceſſ. Judiciar. decad. 22. concluſ. 10. num. 3.* † Reſtituitur item, ſi contumax exiſtat: * Vide tamen Bachov. *ad h tit. cap. 14.* Franciſc. Caldas, *ad l. 3. C. d. reſtit. minor. verb. læſis. numer. 5.* Zæſ. *ad eund. h. t. num. 28.* Berlich, *p. 2 deciſ. 188. num. 23.* Dn. Brunnemann, *ad l. 8. ff. h. tit.* † At an tùm ſolvat expenſas? examinat. Theſſaur. *deciſ. 9.* * Et æquius hoc eſſe, ex traditis Fachinæi, *lib. 8. q. 104.* Paul Buſii, *ad d. l. 8. num. 6.* putat Dn. Brunnemann, *ad legem. 8. ff. d. tit.* † Nec minoribus ſolùm; verum & ſucceſſoribus eorum reſtitutio datur, quamvis hi ſient majores. *l. minor. 18. §. non ſolum. 5. & paſſim hoc t. & lib 2. C. ſub diverſis reſtitution. titulis.* vid. tamen *infr. quæſt. ſeq:*

Ex hiſce ſequitur: probare primò teneri minorem, in integrum reſtitutionem petentem, ſe fuiſſe 25. ann. minorem, tempore actûs, contra quem reſtitui petit, *d. l. ætate. 43. ff. h.* * *l. ſi minorem. 4. Cod. d. in integr. reſtit. minor. l. inter utile. 39. in princip. ff. h. t.* Dn. Struv. *ad π. exerc. 8. theſ. 43* † & adhuc cùm agit, vel minorem, vel intra tempus petendæ reſtitutioni præfixum, conſtitutum eſſe. Quod tempus, poſt completum 25. annum (* naturaliter computandum. *l. 3. §. 3. ff. h. t.* Vinn. *ad Princip. In-*

ſtit. d. curator. num. 4. Dn. Præcept. Lauterbach/ *d. variet. tempor. cap. 3. §. 4.*†) fuit annus utilis; * *l. 19. ff. h. tit.*† hodiè verò quadriennium continuum. *l. fin. & t. t. Cod. d. temp. in integr. reſtitut.* Ita ut minor, factus jam major, reſtitutionem petere poſſit uſque ad 29. ætatis annum completum. * Conſulatur omninò Dn. Brunnemann, *ad d. l. ult. Cod. d. t. inprimis num. 7. & 8.* Sfort. Odd. *quaſt. 20. artic. 4.* ubi rectè, contra Bachov. *ad Tr. vol. 1. diſp. 11. theſ. 3. lit. B.* hoc quadriennium (utpote in locum veteris anni utilis ſurrogatum. *d. l. ult.*) ſaltem ratione Curſûs, non etiam initii, continuum eſſe docent: ut propterea, ſi minor, etiam poſt centum demùm annos, in jure aliquô vel in re vel ad rem, acquiſito vel acquirendo ſe læſum eſſe deprehendat, adhuc in integrum reſtitutionem imploret juſtiſſimè. Boeri. *deciſ. 39. num. 4.* Dn. Carpzov. *lib. 2. reſponſ. 96. numer. 12.* Vid. Andr. Gaill. *lib. 2. obſervat. 41. numer. 5.*† Et ratio, quòd minori ætatis probatio incumbat, hæc à Dd. adferri ſolet: quia habilitas præſumitur in perſonâ, ubi actus cum debitâ formâ factus reperitur, (*id eſt,* ita ut valeret celebratus à majori,) & quilibet contrahens legitimæ præſumitur ætatis, ut not. Bald. *in l. cum ter. C. d. probat.* * Alciat. *2. præſumpt. 14.* Gothofr. *ad l. 4. Cod. h. tit. lit. c.* Manz. *d. reſtitut. tit. 2. num. 167.* ** Probatur verò ætas vel teſtibus. Dn. Hahn *ad VVeſembec. hîc. num 6.* vide tamen *l. ſi alterius. 3. Cod. ſi minor maior. ſe dixer.* ibique Brunnemann. vel inſtrumentis. *d. l. 3. Cod. mod. d. tit. l. 2. Cod. d. his, qui ven. ætat.* veluti tabulis profeſſionum. *l. 1. Cod. ſi min. mai. ſe dixer.* libris item Parœcialibus. Maurit. *d. reſt. c. 321.* & cenſualibus; arg. *l. ætatem 3. & l. ſeq. §. in ſervis. 5. ff. d. cenſib.* & ibid. Gothofred. Dn. Manz. *d. tit. 2. num. 167.*† Et cùm eadem difficilioris ſit probationis, ideoque admittuntur probationes per indicia, *l. cum de ætate. 13. ff. d. probat.* * ubi Dn. Brunnemann.† & item probari poteſt ætas, per illas perſonas, quæ aliàs de jure non admitterentur. Caſtrenſ. *conſ. 301. vol. 1.* Et ita hîc non ſolùm inſpicitur ſacri baptiſmatis liber, das Tauffbuch: ſed &, in ejus defectu, audiuntur obſtetrices, * & ancillæ; argum. *l. Carbonianum. 3. §. 5. ff. d. Carbon. Edict.* Manz. *cit. num. 167.*† Et quoque ipſius matris * ac Avi † teſtimonium aliquod adminiculum facit; * argum. *l. etiam. 16. d. probation. cap. 3. x. qui matrimon. accuſar.* non tamen ſemiplenam probationem. Anton. Gabriel. *tit. de teſtib. concl. 17. num. 9.* vid. Bachov. *ad Treutl. volum. 1.*

d. 11.

d. 11. lit. e. & f. ſed tantam utique præſumtionem, ut propterea onus probandi in adverſarium rejiciatur. Farinac. *d. teſtib. q. 54. num. 117. & ſeq.* Vid. Maſcard. *d. probation. concl. 669. num. 7.* Maurit. *d. reſtit. c. 317.* Ben. Carpzov. *J. F. p. 1. conſt. 16. defin. 49. num. 2.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. 16. d. probation.* & *ad l. 4. num. 6. Cod. h. t.* Grammatic. *deciſ. 48. numer. 13.* † Semiplenam hîc probationem efficit liber patris, in quo dies nativitatis liberorum eſt conſignatus. *Confer Menoch. *d. arbitr. iud. Qq. lib. 2. centur. 2. caſu 116. num. 4. & 5.* Bachov. *ad Treutl. cit. loc.* † Audiuntur hoc in caſu domeſtici, conſanguineique teſtes, *per *l. 3. §. 5. d. Carbon. edict. l. 7. C d. reſtit. minor.* ubi Dn. Brunnemann; qui tamen ſe remittit ad Proſp. Farinac. *tr. d. teſtib. q. 54.* plenâ manu hæc exequentem. *Audiuntur & tutores ac curatores; quippe quos ætatem perſonæ ipſorum fidei commiſſæ optimè ſcire, officium tutelæ non minùs arguit, quàm conſanguineos proximitas ſanguinis. *d. l. 7. C. h. t.* † Deniq; & ad adſpectum pervenitur, ac conſideratâ hominis facie, membrorumque qualitate, de ætate inquirit judex; ut hoc latè Trentacinquius docet, *libr. 2. t. d. minor. reſolut. 2. à princ. uſque ad num. 26.* ut & Maſcardus, *d. probat. vol. 2. concl. 1063.* *Plura de ætatis probatione vide apud Menoch. *lib. 2. præſumt. 50. num. 24. & 51.* item *præſumt. 51. num. 2. & ſeqq.* Aloyſ. Ricc. *collect. deciſ. 302.* Sfort. Oddum, *quæſt. 37.* Dn. Mev. *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 2. artic. 7.* Franciſc. Caldas, *ad l. 3. C. d. in integr. reſtit. verb. minoribus. num. 13.* †

Secundò, minori læſio eſt probanda. *l. minoribus. 5.* & ibi Dd. *C. h. t. l. verum. 11. §. ſciendum. 3. ff. h.* & quidem non mediocris. Menoch. *arbitr. caſu. 75.* * Vtique tamen nec enormis ut probetur, ad impetrandam reſtitutionem neceſſarium eſt; argum. *l. 1. princ. h. t.* Bachov. *in Comment. ad π. h. tit. cap. 2. num. 1.* Dn. Struv. *exerc. ad π. 8. th. 44.* Verùm omninò, cùm nuſquàm in jure certa læſionis quantitas definita occurrat, arbitrio judicis ea rectiùs relinquitur; arg. *l. 1. §. fin. infr. d. iur. deliber.* Abbas, *ad cap. 1. x. d. in integr. reſtitut.* Brunnemann, *ad l. 1. §. 4. h. n. tit. num. 4. & 5.* Sfort. Oddus, *d. reſtit. q. 4. artic. 12.* † Regulariter non præſumitur ex ſimplici contractu minor læſus, niſi probetur. Alciat. *tract. d. præſumpt. reg. 1. præſumpt. 42. num. 8.* * *l. 9. §. 4.* ibi: *Nec enim utique, qui minor eſt, ſtatim circumſcriptum ſe docuit. d. in reſtitur. l.*

24. §. 1. ibi: *niſi aut manifeſta circumſcriptio ſit, aut tàm negligenter in eâ cauſâ verſati, ſe Prætor interponere non debet. ff. h. t.* † Imò principalis cauſa reſtitutionis in integrum, læſio eſt, non autem perſona minoris. Maſcard. *d. vol. concluſ. 1062. num. 3. & 4.* * Dn. Mevius, *p. 3. deciſ. 18. num. 2.* † Et quidem, quamvis aliqui velint, læſionem ſemiplenè probari, ſufficiens eſſe, quando ſolùmmodò reſtitutio petitur ad obſtaculum removendum; tamen verior ſententia videtur, quòd ſemper plena probatio læſionis requiratur: idque per *cap. 1.* & *c. tùm ex liter. extra, d. reſtit. in integr.* Trentacinquius, *d. 1. reſol. 3.* Quod tamen rectè limitat Maſcard. *d. concl. 1062. num. 14.* ut non procedat, ſi adverſus omiſſam * exceptionem tàm dilatoriam, Hartm. Piſtor. *part. 1. q. 37. num. 108.* quàm peremtoriam, Dn. Brunnemann, *ad l. pen. C. h. t.* omiſſam item † probationem, vel appellationem (* Vide tamen Brunnemann. *ad l. penult. Cod. h. t.* & *ad l. 7. §. 11. ff. eod.* Berlich, *p. 2. dec. 221.* †) reſtitui velit; quos caſus, & alios etiam, Trentacinquius recenſet. *d. reſol. 1. n. 31. &c.* * eo quòd nempe, ex ipsô termini probatorii lapſu & omiſſione exceptionis vel appellationis, de minoris læſione ſatis ſuperque conſtare cenſeatur, juxta Dn. Ziegler. *ad ius Canon. lib. 3. tit. 18. pag. 698.* Dn. Carpzov. *lib. 3. reſponſ. 4. num. 14.* Dn. Brunnem. *ad l 8. num. 4. & 5. Cod. h. tit.* Berlich. *p. 1. concluſ. 38. n. 60.* * Vbi autem ex ipſius actûs à minore celebrati facie apparet, ipſum in jure aliquo damnum accepiſſe, ibi fruſtra probatio ab eodem exigitur. Mynſing. *4. obſerv. 16.* Dn. Mevius, *deciſ. 287. per tot. part. 9.* Dn. m. Proavus, *d. proc. iudiciar. decad. 22. Concl. 5. num. 3.* * Vnde idem haud dubiè eſt, ſi minor pro aliô fidejuſſiſſet, vel juri cuidam renunciaſſet; Brunnemann, *ad l. 5. num. 12. Cod. hic.* vel ſua bona hypothecæ, pro aliô, ſuppoſuiſſet, vel, in genere, ſimile negotium celebrâſſet, quô manifeſtè contra propria ſui ipſius commoda laborat ſive damnum incurrit. Hartm. Piſtor. *alleg. q. 37. n 60.* Dn. Struv. *ad π. exerc. 8. th. 48.* ubi idem eſſe dicit: Si minor compromiſerit; ſi tempus juri retrahendi præſtitutum elabi paſſus ſit; ſi hereditatem adierit, quam ſufficiat dicere ad impetrandam reſtitutionem, eſſe damnoſam; vel hereditatem repudiaverit, contra quod ut conſequatur R. ſufficiat allegari, eam eſſe lucroſam, &c. † Ac ſpeciale itidem eſt, in mutui contractu, ut in eo minor præſumatur læſus; niſi creditor probaverit, pecuniam in utilitatem minoris verſam fuiſſe. *l. 1. & 2. C. ſi adv.*

credi-

creditorem. Idque procedit non ſolùm in mutuo fœneratitio; ſed & in mutuo ſimplici, argum. *d. l. 1. C. ſi adverſ. creditor.* Trentacinq. *d. 1. reſol. 6. à pr.* *Contrarium tamen, quòd nimirum & in mutuò minoribus incumbat probatio læſionis, & quidem indiſtinctè, ſicque in gratuitò quoque, propugnat Piſtoris, *cit. loc. q. 38.* quem ſequitur Carpzovius, *part. 2. conſt. 11. definit. 44.* ubi ſequens præjudicium, ad hujus quæſtionis declarationem apprimè faciens: Hatt euch Hanß Felſer / in euer Vnmündigkeit 100. fl. geliehen und vorgeſtrecket. Ob er nun wol ſolches ohne Zinßforderung gethon; Da ihr aber dennoch einige *læſion* beybringen möchtet / ꝛc. So würdet ihr / auf gebührendes anſuchen / *in integrum reſtituiret* / und möchtet zur Wiederzahlung der 100. fl. nicht angehalten werden. Es wäre dann / daß der *creditor* beybringen und erweiſen möchte / daß ſolches Geld in euren Nutzen verwandelt worden / inmaſſen ihme zu thun obliget / deſſen genöſſe er auf ſolchen Fall billich. V. R. W. Vide Dn. Struven. *exercitat. ad π. 8. theſ. 48.* ** Quamvis autem uſque adeò læſionis probationem, ab eo, qui reſtitutionis auxilium implorat, nonnulli requirant, ut, ſi nulla in libello ejus facta ſit mentio, eum, tanquam ineptum, ob id rejici debere, non dubitet Carpzovius, *Jur. For. p. 1. conſt. 26. defin. 23.* ubi ſedulò valdè ab ejuſmodi libellis advocatos dehortatur, ſubnexò pro ſuâ ſententiâ reſponſo: quod repetit *lib. 2. tit. 9. reſp. 95. num. 5 & ſeqq.* Mynſing. *conſil. 53. num. 8.* Quia tamen in libello concluſio ſolùm attendi, & medium concludendi ex narratis atque ipsâ concluſione, benignâ interpretatione, elici debet, ideò non abs re, ut videtur, in dubium hæc vocat Dn. Brunnemann, *ad l. 5. num. 16. Cod. h. tit.* * Denique ſi adverſarius minorem non eſſe læſum, oſtendere, & ſic ejus probationem contraria probatione elidere velit, eum omninò audiri debere, apertè ſatis monſtrat *l. 1. l. 2. Cod. ſi adverſ. creditor.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſput. 11. theſ. 15. lit. a.* Colleg. Jurid. Argentor. *hic. theſ. 104.* Dn. Struv. *citat. loc. theſ. 49.*†

Tertiò denique, minor efflagitans reſtitutionem, probare debet ſui facilitatem, vel adverſarii dolum. * Quamvis n. Barboſa *ad l. 5. Cod. h. tit. d. in integr. R. minor.* ad impetrandam reſtitutionem, ſemper dolum adverſarii neceſſarium eſſe putet; attn. quòd etiam inconſulta minoris facilitas ad hoc ſufficiat, poſt

Digitized by Google

Menoch. rectè probat Ioh. Brunnem. *ad ſaped. l. 11. §. 4. ff. h. tit.* & ſunt textus pro hac ſententia planè invulnerabiles *in l. 24 §. 1.* ibi: *Niſi aut manifeſta circumſcriptio adſit, aut tàm negligenter in ea cauſa verſati ſint. l. 44.* ibi: *vel ab aliis circumventi, vel ſuâ facilitate decepti. ff. h. tit. l. 5.* ibi: *etſi dolus adverſarii non probetur. Cod. eod.* † Nec ſufficit probare læſionem: ſed & id factum fuiſſe adverſarii dolo, vel ſua facilitate; aliàs non eſt reſtituendus. Maſcard. *d. concluſ. 1062. n. 25.* Nam ſi in libello ſimpliciter narraret, ſe læſum; libellus haberetur pro inepto. Trentacinq. *d. reſol. 1. n. 27.* contra eumque excipi poſſet. * Alii tamen hoc non requirunt, ut alterutrum ex hiſce duobus probetur; ſed ſufficere putant, ſi id ſaltem allegetur. Matth. Weſembec. *in paratitl. hîc. n. 7.* Brunnem *ad l. 5. Cod. h. t.* Colendiſ. Dn. Præcept. Bardili, *in diſp. d. in int. reſtit. Univerſitat. theſ. 15.* † Illud equidem certum eſt, quòd non ſuccurratur minori, ſobriè rem ſuam adminiſtranti, occaſione damni non conſultò, ſed fato accidentis. * *d. l. 11. §. 4. ff. h. tit.* Mevius, *p. 2. deciſ. 130. num. 7.* † Nec enim eventus damni indulget reſtitutionem, ſed facilitas inconſulta. Vnde ſi minor ſibi ſervum neceſſarium comparârit, qui mox deceſſerit, haud is reſtitui debet. Neq; enim captus eſt, neceſſariam ſibi rem emendo, licet mortalem. *l. verum. 11. §. ſciendum. 4. ff. h.* Sic vix reſtituitur minor, ſi contrahat in favorem patris incarcerati. Schultes, *1. quæſtion. 18.* * Nec etiam circumſcriptus videtur minor, qui uſus eſt jure communi, & ſic, quod quilibet prudens feciſſet, fecit & ipſe; licet exitu ſiniſtro: quippe quod potius pro damno fatali ſeu caſu habendum. Dn. Brunnemann, *ad l. fin. Cod. h. tit.* Dn. Autor, *Conſil. 142. num. 22.* * Vnde nec hoc caſu læſus dici poteſt minor, ſi poſt contractam ab ipſo venditionem alius pro re ab ipſo vendita duplo majus precium offerat. Ludovic. Molina, *d. Juſt. & J. tr. 2. D. 375. num. 8.* Ex quo eſt, quòd nec in his, in quibus fortuiti eventûs par in utramque partem ratio fuit, v. gr. in ſortitione, huic auxilio detur locus; argum. *d. l. 11. §. 4. h. n. tit.* ubi iterum Brunnemann. * Planè, ſi culpa ipſius caſum præceſſerit, quin ob ipſam hanc culpam beneficio Prætoris locus concedatur, nulla eſt dubitatio. *d. §. 4.* Colleg. Jurid. Argentorat. *hîc. theſ. 32.* † Et ſui facilitate læſus dicitur minor, quando non fecit id, quod diligens major feciſſet. Dd. *in l. non videtur. C. h.* Ex dolo adverſarii autem præſumitur læſus, quando enormis læſio apparet. CC. *in c. cum contin-*

contingat. ext. d. iureiur. vide Buſium, *ad. l. 11. h.* Materiam etiam judicii reſcindentis, ac reſciſſorii, ex capite læſionis ob ætatem, & ex clauſula generali, practicè proponit Meichſnerus, *tom. 4. deciſ. 36.*

12. *Minori ob ſolam fragilitatem lapſo, reſtitutionis beneficium ſi concedatur, illud ita perſonale reputatur, ut non tranſeat ad fideiuſſores.*

NOn levis inter Doctores noſtros velitatio eſt: *Numne beneficium reſtitutionis perſonale ſit, an verò reale?* ut videre licet apud Hackelman. *illuſtr. 3. th. 1.* Hilliger. *ad Donell. 21. c. ult. H.* Et magis placet mihi opinio eorum, qui id mixtum eſſe contendunt; * quæ etiam ſententia eſt Ioach. Mynſingeri, *centur. 4. obſ. 19.* Mauritii, *tract. de reſtitut. in integr. cap. 12. num. 2. & ult.* Vide Dn. Franzke, *in commentar. π. tit. d. reſtit. in integr. num. 20.* Reinhard Bachovium, *ad Treutl. volum. 1. diſp. 11. theſ. 2. lit. D.* Arnoldum Vinn. *lib. 1. q. 11.* † Eſt enim reale, quatenus tranſit ad heredes indifferenter; etiamſi ſint majores, modò id petant intra tempus conſtitutum. *l. non ſolum. 6. ſupra d. reſtitut. in integr. l. 3. §. 9. l. 18. §. fin. h. t.* Idque habet rationem manifeſtam, quia nempè hæres repræſentat defuncti perſonam. Sicque competit omnibus, qui ſunt loco heredum, per jura vulgata. * P. Barboſ. *ad l. quia tale. ff. ſol. matrimon. num. 48. cum ſeqq.* Peregrin. *d. iur. Fiſc. lib. 5. tit. 2. numer. 15.* Bernhard. Græve. *in pract. Cam. Imper. lib. 2. concl. 131. numer. 10.* Franciſc. Caldas, *ad l. 3. Cod. d. reſtitut. minor. verb. minoribus. numer. 42. & ſeqq.* Dn. Brunnemann, *ad l. 1. Cod. d. fideiuſſor. minor.* & *ad l. 13. ff. h. n. tit. num. 1.* Auguſtin. Barboſ. *in repertor. iur. civil. & canon. tit. reſtituere.* † Ex parte itidem hoc remediũ exiſtit perſonale, quia non competit ei, qui pro minore fidejuſſit. *l. 13. in pr. ff. h* Dn. Lauterbach/ *ad π. exerc. 12. th. 12.* Chriſtinæ. *vol. 2. deciſ. 122. n. 5. & ſeqq.* Non enim Prætori propoſitum fuit, majoribus ſuccurrere, ex perſona minoris. *l. 3. §. ſed utrum. l. 23. ff. h.* Et ſanè, qui cum minore contrahens accipit fidejuſſorem, eo id fine facit, ut ipſi ſit cautum: Indeque non eſt æquum, fidejuſſori in necem creditoris, ut loquitur Ulpianus, *in d. l. 13.* qui ſibi eò ipsò proſpexit, ſubveniri. * Conferat. Bocerus, *Cl. 6.*

Digitized by Google

Cl.6. Diſp.10.theſ.88. Brunnemann, *ad d.l.1. Cod.d fideiuſſ. minor.* Colleg. Jurid. Argentorat. *hîc theſ.94.* Everhardus à Middelburg, *loco à minorib. ad Eccleſ. num.6.fol.m.365.* Mynſing. *4.obſer. 18.& ſeqq.* Dn. Struv. *ad π. exercit.8.theſ. 60.*† Rationi quidem contrarium eſſe videtur, ut minore reſtituto, fidejuſſorem adhuc dicamus obligatum: cùm conſtet, fidejuſſorem accedere ad minoris obligationem; unde conſequens eſſe videtur, ut principali ſublatâ obligatione, etiam acceſſoria tollatur, per *l.129.§.1.infr. d.R.I.* Verùm huic axiomati non eſt locus, cùm militat in acceſſorio ratio diverſa: tùm enim, modò id per rerum naturam per ſe ſubſiſtere poſſit, non abſurdum eſt, durare acceſſorium, ſublato principali. Aliter reſpondet Pacius, *2. ἐναντ. 98.* & Arumæ. *diſp. ad ll.præcip.6.theſ.3.* * vide Vinnium *citat.loc.*† Quin nec principale hîc tolli videtur, cùm obligatio ſit civilis; auxilium verò hoc, Prætorii juris. Duar. *ad t. Cod.d.fideiuſſ.minor.inf.* Ant. Faber, *in rational. ad l.48.ff.h.in pr.* * Sfortia quidem Oddus, per in integrum reſtitutionem minoris, etiam naturalem ejuſdem obligationem extingui putat, *d.reſtitution.q.44.artic.3.* Verùm contrarium, & quòd videl. naturalis obligatio ſalva ſubſiſtat; civilis autem ſola, vel ipsô jure, vel, quod probabilius, ope ſaltem exceptionis perimatur, defendit B. Dn. Brunnemann, *ad d.l.1.Cod. d.tit.*†

Sed multas hæc regula patitur exceptiones: Multa ſunt, quæ ei obſtare videntur, de quibus enucleatè agunt Buſius, *ad d. l.13.in pr.h.tit.* Anton. Faber, *conjectur.8.cap.3.* Bronchorſt, *1. ἐναντ.60.* Trentacinq. *lib.2.t.d.minorib.reſol.4.* Arumæ. *d.diſput. theſ.3.* & *exercit.13.th ſ.14.* Ummius, *diſput. ad proceſſ.8. num.52.* Donell. & ibi Hilliger, *21.c.ult.* Equidem non eſt huic regulæ ſtandum, (1.) cùm reſtitutioni cauſam præbet adverſarii dolus, non ſola læſio, cum ætatis privilegio juncta: tùm quippè perpetuò & indiſtinctè prodeſt reſtitutio fidejuſſori; *l.2.C.d.fideiuſſ.minor.* quoniam & citra auxilium reſtitutionis, doli mali exceptio ei prodeſſet. *l.49.in pr.d fideiuſſ.l.7.ad fin.d.except.* Generaliter namque, exceptiones omnes, quæ rei, non perſonæ cohærent, tranſeunt in fidejuſſore, etiam invitô debitore. *d.l.7.§.1.* Exceptio autem doli cohæret rei: Licet etenim ex parte actoris, cui objicitur, ſit omninò perſonalis, tamen ex parte objicientis, eſt in rem concepta. *l. 2.§.*

2. §. 1. & 2. infr. d. doli except. Nec pertinet ad hanc regulam noſtram, quando minor non juvatur intuitu ætatis; ſed ut major, puta cum ex re ipſâ, non ex perſonæ qualitate, reſtitutionis æquitas proficiſcitur. * Perez, *in Cod. tit. d. fidejuſſorib. minor. num. 1.* Gomez, *tom. 2. var. reſolut. cap. 14. num. 9.* Dn. Lauterbach / *d. fidejuſſorib. theſ. 30.* Dn. Struv. *adv. exercit. 8. theſ. 60.* Colleg. Jur. Argentor. *hîc. theſ. 94.* Brunnemann, *ad l. 13. ff. h. tit. num. 2.* & *ad l. 2. Cod. d. fidejuſſor. min. num. 1.* Vid. Heringius, *tract. d. fidejuſſorib. cap. 27. part. 4. num. 28.* Joann. Zanger, *part. 3. d. exc. c. 26.* Vinn. *cit. loc.* † (2.) Prodeſt quoque fidejuſſori auxilium minoris, cùm fidejuſſor bonâ fide acceſſit, ſine contemplatione hujus honorarii juris, *i. e.* ſi fidejuſſorem dedit minor, non ut minor, ſed ut quilibet alius: eo videlicet modo, quo etiam majores fidejuſſorem dare ſolent. *l. Stichum. 95. §. quod vulgò. infr. d. ſolut.* Facit hûc, quod *lex. 13. h. t.* loquitur ſolùm de eo, qui ſciens prudens pro minore fidejuſſit, non qui pro minore ut pro majore ſpopondit; nempè de eo, qui, ut Papinianus loquitur, *in l. 48. infr. d. fidejuſſor.* fidejuſſor acceſſit, tanquàm obligationi ſuſpectæ, propter incertum ætatis & reſtitutionis eventum. Et de hoc caſu eſt accipiendum, quod ait Ulpianus, *in l. 51. in pr. ſupra, d. procurator.* & minori & ejus fidejuſſorib. per in integrum reſtitutionem ſuccurri. Et quod idem dicit, *in l. 3. §. 4. verſ. ſed hoc auxilium. h. t.* ſolere interdùm fidejuſſori prodeſſe beneficium minoris. Nec hîc aliqua ſubeſt ſpecies iniquitatis: Minor nempè eo modo fidejuſſorem dans, quô dediſſet, ſi extitiſſet major, pro majore habetur; ejuſque fidejuſſor, pro majoris fidejuſſore. Certum autem eſt, reſtitutionem à majore impetratam, ejus quoque fidejuſſori prodeſſe debere: qua de re latè Ant. Faber agit, *d. libr. 8. conject. cap. 3.* Idque verum eſſe probat, quamvis heres non ſit regreſſum adverſus alium habiturus, quod & Donell. *d. loco.* ac item Ummio placet. *diſp. 8. n. 52.* ** Cœterùm, ſi aliter, cum Interppr. præprimis recentiorum communi ſchola, allegatos à Fabro & ejus hactenùs aſſecla Dn. Autore, textus, præcipuè *l. 51. d. procurat. l. 95. d. ſolut.* exaudire velimus, (jungat Vinnius, *d. q. ſel. 11.*) dicendum eſt (3) Quòd minoris, ſua facilitate lapſi, reſtitutio ejus etiam fidejuſſori proſit, ſi (1.) creditori ſalva maneat obligatio & actio in alium, ſive ubi judicii in alium translatio permanet integra. *l. ſi*

Digitized by Google

tutor. 2. §. 1. princ. d. adminiſtr. & pericul. tutor. d. l. 51. d. procuratorib. Colleg. Jurid. Argentorat. *hic. theſ. 94.* Bachov. *ad Treutl. loco ſupracitat.* ubi hanc communiſſimam Dd. ſententiam eſſe dicit. Dn. Brunnemann, *ad l. 13. ff. h. t. num. 2.* Vinnius, *cit. loc.* (2.) Si minor, per ipſam in integrum reſtitutionem, ſingularem illam qualitatem, quam ſuſceperat & cujus ratione fidejuſſorem dederat, iterum exuat; v. c. ſi quis pro minore fidejuſſerit, tanquam pro herede, & ipſe poſtmodò contra aditionem reſtituatur. *l. 89. d. acquir. vel omitt. heredit.* tùm enim, ſicuti minor in effectu (Vid. *l 88. d. hered. Inſt. l. 7. §. 10. h. t. d. minor.*) heres eſſe deſinit; ita aliter eſſe vix poteſt, quàm ut etiam fidejuſſori ejus ſubveniatur. Quò etiam pertinent, quæ in ſequentibus ſubjicit ipſemet autor, quando inquit: † Notabilis itidem limitatio eſt in fidejuſſore, qui pro minore judicatum ſolvere promiſit; quippe, hoc in caſu, reſtitutio minori conceſſa prodeſt itidem fidejuſſori. *l. minor. 36.* ubi gl. Bart. Bald. & cœteri Dd. *ff. h.* * *d. l. 51. d. procurator.* † Cujus deciſionis ratio eſt, quòd, cùm fidejuſſor judicii, obligetur ex proceſſu perſonæ principalis, meritò, ex eâdem perſonâ, debeat commodum ſentire. *l. f. inf. C. d. uſur. rei iudicat.* * Jungatur Brunnemann. *ad d. l. 51. num. 5.* Dn. Struv. *ad π. alleg. exercit. 8. theſ. 60.* Vide tamen Vinn. *d. quaſt. 11.* (3.) Si fidejuſſor ipſi minori heres fiat, & ei ſuccedat, nihil pariter vetat, quò minùs de minoris reſtituti beneficio & ipſe participet. *l. 95. §. 1. d. ſolution. & liberat.* ubi iterum Brunnemann, Sfort Oddus, *d. reſtitut. q. 48. artic. 4.* Colleg Jurid. Argentorat. *dict. th. 94.* Quamvis ipſe hoc in caſu, non ut fidejuſſor, (quippe cujus obligatio per confuſionem extincta planè eſt. *l. 5. princ. d. fideiuſſorib.*) ſed tanquàm heres, hoc remedio utatur. Dn. Struv. *alleg. loc.* Dn. Brunnemann. *ad l. 2. Cod. d. t. d. fideiuſſorib. minor. num. 2.* (4.) addunt Dd. ſi fidejuſſor regreſſum haberet adverſus minorem, ita, ut ipſe, ex juſta cauſa, contra fidejuſſorem reſtitui non poſſet; his caſibus ut minori auxilium Prætoris, contra ſuum adverſarium, cum effectu quoque, proſit, neceſſum eſſe, ut id ad fidejuſſorem ejus etiam porrigatur. Brunnemann, *ad d. l. 13. ff. h. tit.* & *ad l. 2. Cod. d. t. de fideiuſſor. min.* Sed & ſi (5.) fidejuſſor probabiliter ignoraverit, illum, cujus obligationem ſuâ fide eſſe juſſit, adhuc eſſe minorennem, idem itidem obtinere, ſentit Dn. Brunnemann, *ad. d. l. 13. ff. h. t. num. 2.* ibique Paulus Buſius, Bocer, *cl. 6. diſp. 10. theſ. 89.* Colleg. Jurid. Argentorat.

Digitized by Google

torat. d. theſ. 94. per *l. 48. d. fideiuſſorib.* † Et tandem, quod dicitur, fidejuſſori non prodeſſe auxilium, minori, pro quo fidejuſſit, conceſſum, id obtinet in beneficio reſtitutionis. Si namque actus ipſo jure annullaretur, tunc etiam & corrueret obligatio fidejuſſoris. Etenim quando actus ipſo jure annullatur, tunc nulla cenſetur obligatio nata. *l. ſi unus. §. pactus, in pr. ſupra, d. pact. l. cum lex.* ubi Dd. *infr. d. fideiuſſ.* at ut fidejuſſio ſubſiſtat, oportet principalem, vel naturaliter, vel civiliter obligatum eſſe. *l. qui contra. d. fideiuſſ.* Trentacinq. *d. reſol. 4. n. 9.* * Hincque ſi fidejuſſor pro alienatione bonorum minoris immobilium, & quæ his comparantur, interceſſiſſet, & hæc vel ſine juſtâ & neceſſariâ causâ, vel ſine causæ cognitione, vel denique ſine Magiſtratûs decretô (videat. Dn. Præcept. Lauterbach / *in tractation. de alienat. rer. quæ minor. ſunt*) facta fuiſſet; Exceptio nullitatis in tali caſu competens, (*t. t. Cod. d. præd. min.*) non ſaltem ad minorem; ſed etiam ad ejuſdem fidejuſſorem pertineret haud dubiè; poſt Molin. *d. Juſt. & Jur. diſput. 540. num. 26.* Dn. Brunnemann, *ad ſæpe cit. l. 2. Cod. d. t. num. 3.* *Denique ſi porrò, præter jam recenſitas, etiam alia non minùs juſta cauſa Prætori videbitur, ob quam auxilium, quô læſo ſubvenit adoleſcenti, ad ejus quoque fidejuſſorem extendi debeat, quòd id vel maximè, pro arbitratu, facere poſſit, non dubitat, per *l. 12. princip.* ibi: *in cauſæ cognitione verſabitur, utrum ſoli ei ſuccurrendum ſit, an etiam his, qui pro eo obligati ſunt.* & *l. 3. §. 4. verſ. ſed an hoc.* ibi: *ut ſolet interdum fideiuſſori prodeſſe. ff. h. t.* Caſparus Manzius, *d. reſtit. tit. 2. n. 124* † *An verò beneficium in integrum reſtitutionis, competens minori gravato, tranſeat quoque ad fideicommiſſarios ſubſtitutos?* decidit Peguera, *deciſ. 118.* *Quatenus* item *maior cum minore concurrens, ſive cauſam communem habens, gaudeat beneficio hoc noſtro?* conſule Maſtrillum, *lib. 1. deciſ. 42.* *Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſp. 11 theſ. 2 lit.* D. Vinn. *cit. loc.* Brunnemannum, *ad l. un. Cod. ſi in commun. cauſ.* Carpzov. *J. For. part. 2. conſt. 9. defin. 4. numer. 5. & 6.* Afflict. *deciſ. 213* Berlich. *part. 2. deciſ. 280.* qui omnes inter cauſas communes dividuas & individuas rectiſſimè diſtinguunt: ita quidem, ut, ſi cauſa, propter quam reſtitutio impetratur, ſit dividua, in integrum reſtitutio ſoli proſit minori, non etiam aliis, qui cauſam cum ipſo habent communem; argum. *d. l. unic. Cod ſi in com. cauſ.* ubi Dn. Brunnemann. Unde ſi minor beneficio ætatis reſtitutionem impetret

 contra

Digitized by Google

contra ſententiam, hoc ad ejus conſortem, qui ſuo jure non appellavit, pertinebit vel minimè. *l. 2. C. ſi unus ex plurib. appellav.* adeò, ut ne tunc quidem, ſi minor cum aliô æquè minore talism. cauſam habeat communem, reſtitutio illius, qui eandem ſpecialiter ſuo nomine petiit, ad hunc extendatur. Bachov. & Brunnemann, *allegg. in locc.* Cœterum ſi cauſa ſit individua; jamnon ſoli minori; ſed & ejus conſorti ſive ſocio majori reſtitutio proficiet; v. gr. in cauſâ ſervitutis prædialis vel etiam perſonalis, extra uſumfructum; argument. *l. 10. ff. quib. mod. ſervit. amitt.* ubi Dn. Brunnemann. hypothecæ, vel pignoris; arg. *l. 65. §. 1. d. evict.* item præſcriptionis, feudorum, fideicommiſſi & plurium ſimilium. Idem eſt, quando is, qui reſtitutionis beneficio eget, effectum ejuſdem non aliter ſentit, quàm ſi etiam ad conſortes eadem porrigatur: nam & tunc cauſa individua cenſetur. Berlich, *d. loc. n. 6.* Petr. Heig. *part. 2. quaſt. 19. num. 29.* Addatur Oddus, *d. reſtitut. q. 44. artic. 4. num. 10.* Gutierrez. *q. practic. civil. 67.* Coler, *deciſ. 275.* Dn. Struv. *adn. exercitat. 8. theſ. 60.* Manz. *d. reſtitut. tit. 2. n. 127. & ſeqq.* Colleg. Jurid. Argentorat. *hic. theſ. 95.* Jureconſultiſſ. Dn. Lautterbach/ *ad n. exerc. 12. theſ. 13.* ubi totam iſthanc Q. ad elegans hoc compendium vocat: Reſtitutio ex cauſa ætatis ſuo nomine impetrata, in cauſa dividua, nec minoribus nec majoribus prodeſt conſortibus. In re verò individua ſive indiviſibili, & majoribus & minoribus prodeſt conſortibus. Barboſa *ad d. l. unic. Cod. ſi in comm. cauſ.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. 10. ff. d. t.* vide Gomez, *var. reſol. tom. 2. c. 14. num. 10.* †

13. *Ceſſat hoc beneficium, ſi minor Contractum jurejurando confirmavit.*

INterdum juris beneficium præſens, quamvis per ſe competeret minori; tamen propter extraneam aliquam cauſam ceſſat, puta ſi quis, major factus, comprobaverit, quod minor geſſit. *l. 3. §. 1. ff. d. minor. & t. t. C. ſi min. factus maior. rat. hab.* quâ de re videndus omninò Weſembec. *in parat. infr. de reb. eorum qui ſub tutel.* *Dn. Richter/ *ad authent. ſacramenta puber. Cod. ſi adv. vendit. num. 17.* Dn. Brunnem. *ad d. l. 3. ff. d. minor. num. 8. & ſeqq.* † Item non reſtituitur minor, adverſus æquè minorem, ſi ambo ſint capti. Haerſolte. *in adverſ. act. d. act. reſtit. in integr. num. 15.* vid. Maſtrillum,

lum. *l. 1. deciſ. 44.* * Berlich, *p. 1. concl. 5. num. 38.* Carpz. *J. F. p. 2. conſt. 5. defin. 2. num. 9.* Brunnem. *ad l. 11. §. 6. ff. h. t.* ibique laudatos.† Item non reſtituitur minor, ſi res ejus vendita ſit jure creditoris, niſi propter enorme damnum. *t. t. C. ſi adverſ. vend. pign.* & *l. 9.* ubi gl. *ff. h.* * *l. 1. l. 2. Cod. d. præd. minor.* ubi Dd. † vide Maſtrill. *1. deciſ. 84.* Præſertim verò illud eſt notatu dignum: Juramentum contractum minoris ita firmare, ut contra eum, etiam ſub prætextu læſionis, reſtitui non poſſit. Nemo enim ſperare debet, perfidiæ aut perjurii prætextum à legib. ſe habiturum. *l. 1. C. ſi adverſ. vendit.* & *Sacramenta puberum, ſponte facta, ſuper contractibus rerum ſuarum retractandis, inviolabiliter cuſtodiri debent. Authent ſacramenta puberum. Cod. d. t.* * Vid. Colleg. Jur. Argent. *hic. theſ. 76.* Dn. Manz. *h. t. num. 65. cum ſeqq.* Bocer, *claſſ. 6. diſp. 10. theſ. 79.* Donell. *21. Commentar. 13.* Paul. Buſius, *ad d. l. 11. n. 9. hoc n. tit.* Caill. *lib. 2. obſerv 41. per tot.* & *obſervat. 65. num. 6.* Magir. *ad l. verba. 20. num. 3. d. verb. ſignificat.* Wurmſer, *exercit. Juſtinian. 3. theſ. 29. num. 4.*† Quamvis enim in *l. non dubium. ad fin. 5. Cod. d. legib.* dicatur: quoties quid lege prohibetur, tunc omne pactum, omnem contractum, omneque juramentum contra eam legem interpoſitum, nullius eſſe momenti; tamen hoc pertinet ad contractus jure non validos, non qui quidem valent, ſed tamen reſcindi poſſunt beneficio ætati conceſſo. Bronchorſt, *1. ἐναντ. 62.* * Dn. Richter / *ad hanc Authentic. num. 5.*† Verùm, cùm quærunt Dd. & inter ſe controvertunt, ut videre eſt apud Buſium, *ad l. 11. num. 10. ff. h. An iuramentum minoris, contractui nulli adhibitum, debeat ſervari?* Ego inter jus civile & canonicum diſtinguendum putarem. Et nempè de jure civili id negarem; de jure verò Canonico illud affirmandum eſſe puto: utpote quod omnem tuetur jurisjurandi religionem, ſi modò ab utraque parte, ſine ſalutis diſpendio, ſervari poſſit, ut aliàs dixi. * prolixè Dn. Præcept. Lauterbach / *in tract. ſynopt. d. iurament. in gen. §. 1. n. 12. cum ſeqq.*† At quia materia *d. auth. ſacramenta puberum.* in praxi quotidiè occurrit, practicum quendam de ea diſcurſum ſubjungere placet. Minorennes, puberes tamen, (vide infra) mediante juramento, non ſolùm firmiter contrahere; ſed & propter jurisjurandi religionem, reſtitutionem in integrum impetrare non poſſe, opinio eſt ab omnibus Interpretibus rece-

Digitized by Google

pta, idque per *d. auth. ſacramenta puberum. C. ſi adverſ. vendit.* & *c. quamvis d. pactis in 6.* Adeò ut quamvis ſtatuto prohiberi queat, ne contractus jurati fiant; non tamen ullâ humanâ ſanctione induci poſſe ajunt, ne juramentum ſervetur, utque jusjurandum jam præſtitum, pro infecto habeatur: cùm eâ ratione vis fieret religioni. Parlador. *2. rer. quotid. c. 4. num. 53.* & relati à Rauchb. *qu. 4. num. 74. &c. part. 2.* Dictorumque jurium (nempe *d. c. quamvis. d. auth. ſacramenta puberum, cum ſimil.*) deciſionem, ut quæ animarum conſulat ſaluti, favorabilem, benignam, atque non odioſam eſſe, Bart. eſt auctor. *ad d. auth. num. 19.* cui, teſte Jaſ. *ibid. num. 71.* reliqui omnes adſtipulantur. (* Vide tamen Vinn. *alleg. q. 15. in fin.* †) Indeque religionem jurisjurandi, quæ favore digna cenſetur, efficere ajunt, ut *text. in d. auth.* generaliter loquens, generaliter ſit accipiendus, nec ſolùm locum habere debeat in contractibus validis; ſed & irritis ac nullis. * Bachov. *ad lib. 4. π. cap. 14. num. 4.* Brunnem. *ad hanc authentic. num. 5.* fusè Vinn. *d. lib. 1. ſelect. q. 15.* Struv. *ad π. exerc. 8. theſ 54.* † Hancque communem eſſe opinionem, & à conſuetudine quoque approbatam, Bart. atteſtatur & Bald. *in §. idem ſacramenta. col. 2. t. d. pace tenend.* magisque communem eſſe opinionem, ac moribus approbatam, fidem facit Jaſon, & poſt multos alios Gutierrez, *in repet. ſupra d. auth. num. 12. & 23.* ut & Anton. Gabriel. *2. com. concluſ. t. d. minor. concluſ. 5.* * Barboſa *ad ſæpe d. authentic. num. 11. & ſeqq.* Donell. *lib. 21. commentar. cap. 13.* † Idque juris Canonici ſanctioni eſt conforme, ad quam (* uti maxima ejuſdem, illa ætate, autoritas erat. Vinn. *d. q. 15.* †) Fridericus Imperator in dicta conſtitutione reſpexit. Fingitur enim, per jusjuranduum, minor major, omneſque defectus, tàm ætatis, quàm alii ſupplentur. * Dn. Carpzov *Juriſpr. Forenſ. p. 1. conſt. 26. definit. 13.* Brunnemann, *ad l. 1. Cod. h. t. num. 5.* Manz. *citat. loc. num. 66.* † Unde duos juramenti à majore præſtiti effectus eſſe, produnt: quorum prior reſpiciat nullitatem, ex defectu ſolennium cauſatam, quo contractus validus redditur: Alter verò etiam læſo adimat reſtitutionem; quo contractus irrevocabilis reddi ſolet. Franciſc. Caldas, *ad l. 3. verb. minorib. num. 2. Cod. d. reſtit. in integr.* Sichard. *ad authentic. ſacram. pub. numer. 16.* Gail. *2. obſervat. 41. num. 12.* Hartman. Piſtor. *4. quæſt. 6. num. 9. &c.* * Dn. Brunnemann, *ad d. authentic. num. 9.* † Atque eo ipſo, quòd juramentum minorem majo-

Digitized by Google

majorem facit, juratos contractus, ſine curatore geſtos, valere, licet ii fiant ſuper re immobili abſque decreto, arguit Aſinius, *d. execut.* §. *9. cap. 339. & paſſim.* Parlador. *2. rer. quotid. 4. numer. 3.* Weſemb. *conſ. 23. num. 21. & 33.* * Brunnemann, *add. l. 1. Cod. d. tit.* † ac de communi atteſtatur Gomeſ. *var. reſol. tom. 2. d. c. ſub num. 14. & num. 20.* * Adeò, ut nec ſtatutò ejuſmodi juramentum extenuari poſſe credatur, ſive hoc in perſonam ſive etiam in rem conceptum atque ſcriptum ſit. Hartmann. Piſtor. *p. 4. q. 6. num. 12. & ſeq.* Brunnem. *cit. loc. num. 8.* † Imò eouſque hoc plurimi extendunt, ut procedere cenſeatur, etiamſi enormis, vel quoque enormiſſima læſio ſubeſſet. Menoch. *conſ. 789. num 3.* Alex. Raudenſ. *conſ. 9. num. 59. vol. 1.* Vaſquius, *1. d. ſucceſſ. t. d. teſtat. pot.* §. *10. num. 73.* Simoncell. *tract. d. decret. t. 8. inſpect. 2.* * Id quod tamen vix probari poterit; cùm utique, etiam in majoribus, corporale juramentum ob enormiſſimam, quam dicunt, læſionem, querelam læſionis excludat vel minimè. Vide Dn. Franzk. *lib. 2. reſolut. 4. num. 31.* Dn. Lauterbach / *ad tit. π. d. reſcind. vendit.* §. *1. num. 45.* Neque verò probabile eſt, ut minor, qui & in lubrico ætatis conſiliique eſt, & jure civili contrahere prohibetur, ob vinculum juramenti arctiùs teneatur, quàm qui & in majori ætate eſt, & liberrimam contrahendi facultatem habet. Dn. Franzk. *cit. loc.* † Ea verò quæ dicta ſunt, tùm demùm aliter habere dicit Jeremias Setſerus, *tr. d. Juram. libr. 1. c. 11. num. 12.* ſi tale ſit juramentum, quod ſervari non poſſit abſque peccato ejus, cui præſtitum fuit, puta, ſi fuerit dolo inductus minor ad jurandum, vel ejus, cum quo contrahit, calliditate deceptus: hoc enim demùm (ſi hoc ipſe probaverit) abſolutionem minori concedendam cenſent; argum. *c. 1.* & *c. debitores. ext. d. iureiur.* Conſentit Trentacinq. *libr. 2. reſol. t. d. minor. reſol. 1. num. 17.* Grave. *1. concluſ. 41. ad fin.* * Idem eſt, ſi minor ad præſtationem corporalis juramenti vi metuque coactus ſit. *d. auth.* Dn. Lauterbach / *d. tur. in gen. 42.* Vide Dn. Richter / *add. authentic. num. 25.* † Et quoque in tantum jurisjurandi religio valet, ut non ſolùm minorem jurantem obliget; ſed & contractum ipſum confirmet: quæ res efficit, ut, licet juramentum ſit perſonale, atque proinde non obliget heredes, neque ii, contradicentes, perjurii teneantur: Attamen contractus, qui jurejurandò fuit confirmatus, omninò illos obligat, compellendique ſunt illum adimplere. Parlador. *d. cap. 4. ſub num. 17.* ubi

Bald.

Bald. Caſtrenſ. Imolam, Alciat. Pariſ. Covarruv. & Gutierrez. allegat. Conſentitque Gomeſ. *d. cap. 14. num. 19.* ubi ſcribit: juramentum in contractu interpoſitum, ipſum contractum confirmare. Indeque, ſicut contractus ſui naturâ perpetuus eſt, & tranſitorius ad heredes; ita & jurati contractûs virtutem ac effectum, ad heredes tàm activè, quàm paſſivè pervenire. * Confer omninò acutiſſ. Franzkium, *d. lib. 2. reſolut. 6.* fusè Dn. Lauterbach/ *in tract. d. jurament. in gen. §. 1. num. 13. & ſeqq.* † Et ſunt porrò multi, qui dicunt, juramentum minoris valere, etiamſi neſciat ſe minorem eſſe: ac etiamſi de jure ſuo non certificetur, quos confertim citant Tiraquellus, *ad l. 8. C. d. revoc. donat. in præfat. num. 146.* Beneckendorff, *ad Seraphin. de Seraphin. tract. d. privileg. Juram. privil. 83. num. 3. & 4.* Parlador. *d. cap. 4. num. 11.* Trentacinquius, *d. reſol. 1. num. 14.* * Eo quòd nempe in juramento deliberatum ſemper præſumatur propoſitum; Dn. Brunnemann, *cit. loc. num. 12.* & eò ipsò, quo jurat minor, ipſe de jure ſuo certus reddi, nec temerè aut re non ſatis diligenter explorata ad jurament. proceſſiſſe credatur; poſt Pinell. Gomeſ. Gaill. Maurit. Bartol. Alex. Gutierrez. Dn. Franzk. *d. lib. 2. reſol. 5. num. 42.* Perez, *in Cod. tit. ſi adverſ. vendit. num. 4.* Carpzov. *Jur. For. p. 2. conſtit. 11. defin. 50. & conſtit. 35. def. 1.* Chriſt. Philipp. Richter/ *ad d. authentic. num. 18.* Dn. Struv. *d. ex. 8. theſ. 54.* Dn. m. Proavus, *ad §. 2. num. 20. & ſeq. Inſtit. quib. al. lic. vel non.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſp. 11. theſ. 9. lit. d.* † Attamen eo in caſu, quando cum minore contrahens, eum ante monet, idque ipſum inſtrumento contractûs, vel renuntiationis inſeri curat, rem omnem omni dubio carere dicunt, tuncque minorem nullo modo extricare ſe poſſe tradunt Gutierrez, *ad ſupra d. authentic. ſacramenta pub. num. 116.* Gaill. *d. obſer. 41. num. 9.* Græve. *concl. 41. num. 8.* Vt pariter extra dubium eſt, firmiorem illum contractum eſſe, ſi non ſolùm coram Notario & teſtibus; ſed ſimul in præſentia partis adverſæ, pręſtetur juramentum. Sichard. *ad l. 1. C. ſi adverſ. vendit. num. 3.* * Nam, uti rectè Gloſſa, *ad hanc ipſam authentic.* & §. *fin. 2 Feudor. 53.* Si minor generaliter, coram aliquibus, ſe omnes contractus ſervaturũ juraverit, & poſtea, non jurans, fundum Titio vendiderit, ex juramento illo generali teneri vix poterit: eò quòd acta inter alios aliis non præjudicent. *t. t. Cod. int. al. act. al. non noc.* & generalis

renun-

renunciatio regulariter non noceat. *l. 4. §. 4. ſi quis cautionib. indic. ſiſtend. cauſ. fact.* * Niſi forſitan priùs ita juraverit, & in contractu poſtmodò dicat, ſe illo juramento teneri velle; quod conſuetudine ſic obſervari, ſubjungitur *ibidem.* † Pro cautelâ ergo hic eſt obſervandum, ut cum minore contrahens, in præſentia Notarii & teſtium, minorem tàm de ſuâ ætate, quàm ejus intuitu competente privilegio, certiorem reddat, eumque omni beneficio, tàm nullitatis, quàm in integrum reſtitutionis, renunciare faciat: poſt ab eodem, in fidei ſignum, ſtipulatam accipiat manum, ſeu alio modo ſeſe declaret, ſe hæc omnia à minore præſtita acceptare, & tùm jusjurandum ſolenne juretur. Generalem enim renunciationem, cùm nimirum ita verba ſunt concepta: quòd nec ætatis beneficio uti, nec aliâ quâcunque ratione vel causâ contravenire velit, ejus eſſe efficaciæ communiter Interpretes noſtri docent, ut nec remedium læſionis ſive beneficium *l. 2. Cod. d. reſcind. vendit.* admittat. Seraphin. *d. privileg. 83. num. 97.* ubi ait: ab hâc opinione communiter probatâ, conſulendo & judicando, tutò non diſcedi. * Addatur Simoncell. *d. decret. in contract. minor. tit. 8. num. 211. & num. 215. cum ſeqq.* Meritiſſ. Dn. Lauterbach / *adn. tit. d. reſcind. vendit. §. 1. num. 45.* Barboſa *ad l. 2. Cod. eod. tit. num. 41.* Arius Pinell. *ad d. l. 2. part. 3. cap. 1. numer. 9.* Gutierrez. *ad hanc authent. num. 32. & 88.* ubi & ipſe hoc pro cautela, contracturis cum minore obſervandum commendat. * Sed *quid, ſi minor, nulla ætatis præviâ factâ mentione, ſe nulla ratione, nullo pacto vel modo contractum impugnare velle iuraverit, anne & tunc remedium læſionis ſive legis 2. Cod. d. R. V. ipſe amittet?* Et omninò, cùm duplex ſit via impugnandi contractum, altera ſpecialis minoribus ob ætatem & ex ſingulari privilegio conceſſa; altera minoribus cum majoribus communis, ob enormem læſionem vel ſimilem cauſam utriſque permiſſa; ex vi voculæ univerſalis utrique viæ videri poterat renuntiatum. Verùm inſuper hoc habito negativam propugnat celeberr. Franzk. *l. 2. reſol. 4. n. 21. & ſeqq.* Facitque, quòd, cùm etiam ex cauſa ætatis duplex minoribus remediũ proſtet, nullitatis videl. vel reſtitutionis, verba illa nihilominùs ſatis operentur, ſi de utroque modo dicto remedio non uſurpando exaudiantur; præcipuè ſi quoquo modo ex aliis inſtrumenti verbis hujuſmodi reſtrictio fieri poſſit, ut ſi in eodem dicatur: Sciens, ſe minorem eſſe. arg. *l. Titio. 135. §. 1. d. V. obl.* Octav. Simon-

moncell. *d.tit.8.num.113.* Et cùm in dubio juramentum minoris ob conſenſum curatoris, ne videlicet omiſſò illò contractus annulletur, deferri & à minore hunc quoque in finem præſtari ſoleat (unde ejus intentio fuit, hunc defectum quodammodo ſupplendi) ſanè ſibi imputabit & de ſuâ negligentiâ habet, quod queratur, qui iſta meliùs in inſtrumento exprimere & legem ac effectum renuntiationis expreſſiùs ponere oſcitanter intermiſit; arg. *l.39 ſupra, d.pact.* Dn. Franzk. *cit. loc.* vide Dn. Struv. *exerc. ad π. 8. theſ. 54.* † Et tandem tralatitium eſt, corporale, ut vocant, hic requiri juramentum, nec ſufficere fidei præſtationem, vel aliud æquipollens; quod ad *ſæpe alleg. authent.* communiter Dd. & quoque Parlador per *text. expreſſ. in l. 1. C. ſi adverſ. vendit.* rectè docet. * Dn. Manz. *d. reſtit. tit. 2. n. 68.* † * *An autem, quæ hìc traduntur, etiam pertineant ad impuberes, pubertati jam proximos?* uberiùs ventilat Antonius Perez. *ad d. authent.* Chr. Phil. Richter/ *ibid. num. 19.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſput. 11 theſ. 9. lit. D.* Dn. Struv. *ad π. d. exerc. 17. theſ. 15.* Vid. Manz. *cit. loc. num. 68.* * Illud certum eſt, quòd, licet minor contra proprium contractum ipſiuſmet corporali juramento munitum non reſtituatur; aliud tamen ſit in jurato contractu curatoris minorum. Arnold. Vinn. *lib. 1. quæſt. 15. pag. m. 75.* * Denique de abſolutione contra hoc juramentum (de qua jam ſupra aliquid dictum) vide plura apud Brunnemann. *ad d. authentic. num 11.* Bachov. *ad Treutler. volum. 1. diſput. 11. theſ. 9. lit. D.* Buſ. *ad l. 11. h. t. num. 10.* Gaill. *2. Obſ. 41.* Dn. Struv. *cit. loc.* Manz. *d. tit. 2. num. 67.*

** Quamvis autem ſæpedictam authenticam, *ſacramenta puberum. Cod. ſi adverſ. vendit.* pleriſque nimis rigidam & infirmæ ac tot captionibus expoſitæ ætati pernitioſam viſam eſſe teſtetur Vinnius, adeò, ut non ſolùm Henricus VII. filius Friderici, Imper. cui Papa Honorius III. hanc authenticam extorſit, eandem planè, niſi mors prævenisſet, aboliturus fuiſſe dicatur; ſed etiam vix ullibi locorum eam hodiè receptam ſcribat, *loco ſupra allegat.* quod etiam Jaſon ex parte confirmat, qui *ad d. authentic. num. 1.* eam hodiè in multis locis non ſervari, & eidem per ſtatuta derogatum eſſe refert. Vnde in Galliâ quoque, non obſtare juramentum, quô minùs minor læſus reſtituatur, dicit Gothofredus, *in not. ad eand.* Et in Belgii judiciis nullam eorum, quæ hactenus ſunt

ſunt dicta, uſum ampliùs eſſe, ex Petro Gudelino *ad Novell. lib. 1. cap. 4.* teſtatur Perez *in C tit. ſi adverſ. vendit. n. ult.* Attamen alii & quidem plurimi ſæped. authenticam, ut validam adhuc hodiè paſſim in ſuis conſiliis & ſcriptis allegant. Ipſe Autor *in conſill. Tubingg. inprimis conſil. 26. per tot. & alibi paſſim.* Dn. Carpz. *in defìnit. ſua Forenſ. loco ſuprac.* Dn. m. Proavus, *ad §. 2. Inſt quib. alien. lic. vel non. n. 20. & ſeqq.* Dn. Struv. Franzk. & alii hactenùs allegati Ddres. Vnde etiam eandem apud nos (in Germania) celeberrimam & in ſummo vigore eſſe, autor eſt præ aliis Dn. Richter/ *d. loc. num. 26.* Deque uſu Camerali teſtatur Gaillius, *lib. 2. obſervat. 41. inprimis num. 4. & 5.* †

14. *Non reſtituitur minor in criminibus, vel delictis.*

Cùm quærimus, quid circa delicta reſtitutio operetur? diſpiciendum eſſe videtur, cùm de delicto, vel crimine à minore, tùm etiam de delicto in minorem commiſſo. Cùm adverſus minorem eſt peccatum, & is pœnam non perſequatur debito modo, non reſtituitur, ut pœnam denuò exigere poſſit. Etenim eſt expediti juris, in executionibus pœnarum, ubi agitur de vindictâ & ultione aliquâ, non reſtitui minorem. Sicque cùm omiſerit actionem injuriarum, h. e. intra ſtatuta tempora non experiatur, eam repetere non poteſt. *l. auxilium. 37. in pr. & §. 1. h. t.* cujus juris ratio eſt in promptu: nil etenim deperit minori, ſi alius non puniatur. * Idemque multò magis erit, ſi minor actionem injuriarum pacto remiſerit, & contra illam reſtitui velit; quemadmodum eleganter, contra diſſentientem Jacob. Cujacium, propugnat Faber, *ad d. l. 37. pr. h. t.* * Idem de omiſsâ adulterii accuſatione, quòd nimirùm etiam adverſus illam, ſi intra 60. dies non intentetur, nulla detur reſtitutio, tradit Dn. Brunnemann, *ad d. l. 37. num. 1. & 2.* qui in ſeqq. etiam ad omiſſam probationem in criminalibus, ex Gutierrezio, *lib. 1. pract. q. cap. 65.* ad omiſſam exceptionem aliquam odioſam, ex Covarruv. *pr. quaſt. 26. num 4.* omiſſam item criminum objectionem v. gr. contra teſtes, ex Vincentio d. Franch. *deciſ. 421. n. 7.* & Sfort. Oddo, *d. reſtit Q. 4. artic. 9.* hæc eadem extendit. † Et quamvis in

 lucris

Digitized by Google

lucris reſtituatur minor, *l. 7. h.* indeque videri queat, minorem reſtitui debere, qui actionem ſibi lucroſam, quamvis pœnalem, omiſerit, puta æſtimatoriam injuriarum: Attamen aliud eſt lucrum, quod minor ex re & patrimonio ſuo capere potuiſſet, aliud quod percipit ex alterius pœna. Et quod dicit Imp. *in l. ult. inf. C. in quib. cauſ. in integr. reſtitut. non eſt neceſſ.* Temporalem præſcriptionem non currere minori, accipiendum eſt de præſcriptione civilium actionum, non criminalium, vel dependentium ex delictis. Vt &, quod dicit JC. Marcianus, *in l. 1. §. 10. ad finem. ad SC. Turpill.* minorem ac mulierem, non incidere in illud SC. licet ab accuſatione, non petitâ abolitione, deſiſtant; non ita intelligi debet, ut iterum ad accuſationem redire queant, ſed ne pro calumniatoribus habeantur. Vide Fabrum, *ad d. l. 37. ff. h. tit.* Obſtare item videtur *l. un. §. quâ lege. 2. infr. d. L. Jul. Ambitus.* Verùm ad illam Pacius, *cent. 3. ἐναντ. q. 6.* & Gothofr. *ad d. l. auxilium. 37.* reſpondent. Pluresque objectiunculas diluunt Faber, *cit. loc.* & Sfort. Oddus, *d. q. 7. artic. 9. num. 65. & ſeqq.* ** Planè ad pœnam conventionalem hæc non pertinere; ſed, ſi minor eandem omiſerit, in integrum reſtitutionem haud dubiè competere, rectè tradere videtur Antonius Faber, *loco ſupra citat. verb. executionibus pœnarum.* eò quòd illa ad rem familiarem pertineat, non ad meram vindictam: & ut plurimum promittatur in vicem ejus, quod intereſt. *l. fin. d. Prætor. ſtipul.* * Quid vero dicendum ſit *de* illis *actionibus, quæ non quidem meram ſpirant vindictam, & pro vindicandis injuriis perſonæ illatis ſunt comparatæ; ſed merè nihilominùs pœnales ſunt, ut eſt actio v. c. furti in duplum vel quadruplum?* examinat Faber, *cit. loc. in fin.* Dn. Brunnemann. *loco itidem alleg. num. 1. & 2.* Sfort. Oddus, *d. reſtit. q. 89. artic. 3. num. 33.* ubi vide omninò. † Ita & viciſſim, minor haud reſtituitur in criminibus, vel delictis. Sicque minor ipſe ſi delinquat, non ei ſubvenitur; puta, ſi furtum fecit, vel damnum injuriâ dedit, aut ſi dolo aliquid faciat in contractu. *l. 9. §. nunc videndum. 2. l. 37.* ubi Buſius, *ff. h.* Bronchorſt, *1. miſcell. aſſert. 29.* Quippe ſi minoribus deceptis, non decipientibus, hoc remedio eſt proviſum, utique nec delinquentibus erit accommodandum. Nec malorum mores infirmitas animi excuſabit. *l. 1. C. ſi adverſ. delict.* quæ tamen intelligenda ſunt de criminibus dolo malo commiſſis, adverſus quæ nunquam reſtitutio datur. At in criminibus culpoſis, quid eſt di-

Digitized by Google

eſt dicendum? cum diſtinctione reſpondet Bronchorſt. *1. miſcell. dict. aſſert. 29.* qui videri poteſt. At num minor ſaltem leviori pœnâ debeat plecti? variant noſtri Dd. Et rem omnem arbitrio judicis committendam eſſe, Buſius cenſet, *ad d. l. 37. in princ. num. 2. h. t.* ſed arbitrium illud informant paſſim noſtræ leges. Cùm nimirum diſtinguunt, inter crimen jure gentium, vel naturali, & inter crimen prohibitum civili tantum jure: *l. 8. §. 2. & 4. infr. d. adult.* quæ enim ex juris civilis ſubtilitate deſcendunt, magis quàm alia, quæ ex naturæ dictamine proveniunt, minorem ignorare licet. * *l. 2. Cod. ſi adverſ. delict.* ibique Dd. Colleg. Jurid. Argent. *hîc. theſ. 11.* † Quod ferè idem eſt cum eo, quod diſtinguunt conditores noſtri juris, inter delicta atrociora, & modica. *l. 9. §. 3. d. l. 37. §. 1. verſ. in delictis. h. t. n.* Sed hanc rem practici Doctores latè & per multas ampliationes ac limitationes extendunt. Tiraquell. *tr. d. min. pœn.* & Farinac. *tom. 1.* ac præſertim Vincent. Caroc. *tr. d. minore in delictis excuſando*; qui prodiit Francofurti, Anno 1609. Qui omnes pro regula ponunt, minorem in delictis mereri commiſerationem: cùm adoleſcentia ſit ſuâpte naturâ vitiorum incitamentum; quia hæc ætas fragile judicium habet: & quia in eâ ſpes eſt emendationis vitæ. Inde dicunt, non in mero judicis arbitrio eſſe, an minori parcere velit; ſed quòd hoc facere teneatur. In eoque tantummodò judicis arbitrium verſari, ut arbitretur, in quantum ætatis commiſeratio de pœnâ decerpat. Vbi tamen iterùm variè diſtinguunt inter minorem ab ætate majori, vel à pubertate adhuc non longè remotũ; ut apud allegatos auctores videre licet. * Conferatur præ aliis de totâ hâc materiâ Antonius Merenda, *contr. lib. 5. q. 15. & 3. ſeqq.* & qui hæc plenâ manu, ac, ut pleraque, doctiſſimè pervolvit, Dn. Carpz. *part. 3. q. crim. 143. per tot.* Blanc. *in pract. crimin. §. imbecillitate. num. 1.* Franciſc. Caldas, *ad l. 3. verb. vel adverſarii dolo. Cod. d. in integr. reſtit. num. 53.* Dn. m. Proavus, Iohann Harppr. *ad §. 18. num. 17. & ſeqq. Inſt. d. oblig. quæ ex del. naſcunt.* & *ad §. 5. num. 391. Inſtit. d. publ. Judic.* Dn. Struv. *ad π. exerc. 8. theſ. 58.* Cöppen, *lib. 2. obſerv. 126. num. 10.* Bocer, *claſſ. 6. diſputat. 10. theſ. 51.* Richter/ *part. 1. deciſ. 1. num. 60.* Hahn, *ad VVeſembec. hîc num. 5.* Franzk. *in commentar. π. ad hunc tit. n. 19.* & *lib. 1. reſol. 10. n. 42.* Dn. Mevius, *part. 3. deciſ. 411.* Colleg. Jurid. Argentorat. *hîc theſ. 11.* Petr. Theodoric. *in Colleg. Crimin.*

diſp. 10. theſ. 4. lit. E. Dn. Brunnemann, *ad tit. Cod. ſi adverſ. deliš.* & *ad l. 37. ff. h. tit.* Conſil. Tubing. 302. Sfortia Oddus, *d. reſtitut. part. 2. quaſt. 80. & trib. ſeqq.* Dn. Manz, *tit. 2. d. reſtitut. num. 50. & ſeqq.* †

15. *De minore delictum confitente.*

QUamvis ſententia in minorem indefenſum lata ipſo jure ſit nulla; *l. 54. d. re indic.* minor tamen ſua confeſſione obligatur. Ac licet confeſſus ſit pro judicato, qui quodammodo ſuâ ſententiâ condemnatur; *l. 1. infr. d. confeſſ.* * *l. 6. princip. & §. 2. l. 3 in fin. ff. d. confeſſ. l. 7. 8. 12. d. interrog. in iur. faciend. l. 13. Cod d. N.N. P.* † nihilominùs magis eſt, ut confeſſio minoris valeat; cùm vera eſſe poſſit. Non valet ſententia contra minorem indefenſum pronuntiata; quia ſcil. publica judiciorum ſolennitas exigit, ut minor litigans habeat Curatorem: * quod ſecus eſt in hoc actu, ad aliud nihil, quàm ad veritatem indagandam comparato, in quo nulla perſonarum ſolennitas requiritur. Panormit. *ad cap. ult. x. d. confeſſ. num. 9.* (** Plura circa hanc quæſtionem præliminarem: *An & quatenùs minoris confeſſio ſit valida? tùm in civilibus, tùm, & præcipuè, in cauſis criminalibus?* tradit Menochius, *d. Arbit. iudd. Qq. lib. 2. cap. 261. num. 2 & ſeqq.* Sebaſtian Guazzinus, *tr. d. defenſ. reor. defenſ. 32. cap. 32. num. 1.* Juſtus Oldekop. *tit. 2. obſ. Criminal. 34.* Dn. m. Lauterbach/ *in diſp. d. Confeſſion. theſ. 11.* Dn. Carpzov. *prax. criminal. part. 3. quaſt. 118. num. 33.* Hahn *ad VVeſembec. tit. d. confeſſ. num. 3.* †) Salubriter tamen eſt introductum, ut minor, non ſolùm in civilibus; ſed & contra delicti proprii (cujus convictus non eſt) confeſſionem reſtituatur, propter generalitatem text. *in l. certum. 6. §. in pupillo. 5. infra. d. confeſſ.* Confert hûc, quòd contra delicti inficiationem ſuccurratur minori: *l. 9. §. ſed ſi. 2. ff. h. tit.* Ergo & adverſus confeſſionem è contrario reſtitui eum, æquum eſſe apparet. Ac licet illi textus de civilibus cauſis loqui videantur; non tamen perſpicere queo, quomodo non de criminis confeſſione etiam intelligi poſſint: cùm major ſit ratio, quæ hoc, quàm illo in caſu minorem ſuadeat juvari. ** Unde etiam ita docent, & auxilium Prætoris, contra confeſſionem quoq; in cauſis criminalibus minori concedunt, poſt multos

Digitized by Google

tos à ſe allegatos, Menochius, *d. caſ. 268. num. 3. & ſeq.* Guazzin. *d. l. num. 6. & ſeqq.* Maurit. *d. reſtitut. cap. 327.* Gomez. *lib. 2. var. reſol. c. 1. num. 66.* Colleg. Jurid. Argentor. *hic. theſ. 47.* Hahn, *ad VVeſ. hic. n. 5.* Gutierrez, *ad auth. ſacram. pub. n. 131.* Sfort. Oddus, *tract. d. reſt. in int. part. 2. q. 65. n. 13.* Dn. Præcept. Lauterbach/ *d. loc. th. 11.* ita, ut, ſi minor, præſente licet curatore, vel adverſarii dolô deceptus, vel judicis perſuaſione inductus, vel denique errore aut ſimplicitate ſua lapſus metuve tormentorum permotus aliquid fateatur, haud dubiè reſtitutio, praviâ cauſæ cognitione, ei indulgeatur. Dn. Lauterbach/ & Sebaſtian Guazz. *citt. in locc.* etiamſi confeſſio illa eſſet jurata. Gomez, *d. loc.* Hilliger *in Donell. enucl. commentar. lib. 21. cap. 10. lit. n.* prolixè Oddus, *p. 2. q. 65. art. 7. num. 19. & ſeqq.* † Verùm quemadmodum in omni caſu, quo minor reſtitui velit; ita & hic, aliquatenùs eſt læſio probanda. * Hahn *ad VVeſembec. tit. d. confeſſ. num. 3. in fin.* † Non autem eo ipſo læſus eſſe, vel læſionem probâſſe videtur minor, ſi dicat, ſe crimen confeſſum eſſe: quemadmodum aliàs dicitur, minorem appellationem omittentem reſtitui; nec opus eſſe ulteriori læſionis probatione: cùm illa abundè reluceat ex eo ipſo, quòd non appellavit. At hoc noſtro in caſu, non confitendo apertam veritatem; ſed tùm demùm lædi videtur minor, ſi faſſus fuerit id, de quo dubitatur, an fuerit verum. Ergo neceſſe eſt, ut probabilis innocentiæ ſuſpicio ſubſit, nec aliunde convictus ſit minor, ita ut non poſſit de ipſius confeſſione dubitari. * Gutierrez, *citat. loc* Dn. Brunnem *ad l. 6. num. 8. infr. d. confeſſ.* Dn. Struven, *ad x. exerc. 8. theſ. 58.* Bocer, *claſſ. 6. diſp. 10. theſ. 54.* † Quo intuitu Paul. Buſius, *ad l. 37. in princ. num. 3. h. tit.* arbitrio judicis relinquit, quando adverſus confeſſionem reſtitui debeat minor. * Hinc ſi de dolo confitentis conſtaret, haud dubiè æquitas edicti ceſſaret, dùm ætatem malitia tàm ſupplet manifeſtè. *l. auxilium. 37. ff. h. t.* Ungepaur. *decr. comment. tit. d. confeſſ. num. 9.* Impudens quippe foret, qui non allegatô & probatô errore, læſionis, quæ nulla eſt, reparationem, & ſic ipſius veniam delicti petere vellet, ætatis prætendendo communem imprudentiam, qui in perpetrando tàm fuit argutus; & magis hoc caſu Reipublicæ intereſt, delicta puniri, quàm minoribus ſubveniri; quod ait Duaren. *ad tit. C. ſi adverſ. delict.* I. P. Surdus, *deciſ. 216.* * Et quamvis, ad excluden-

Digitized by Google

dendam læſionis probationem, à nonnullis opponatur *ſuprad. lex 9. §. 2. ff. hoc tit.* ubi minor conventus ex L. Aquiliâ & damnum à ſe datum inficiatus, ob hanc ſuam ſolam inficiationem, reſtitui dicitur, ne videlicet ob eandem condemnetur in duplum. Ex quo illi generaliter evincere nituntur: Minorem, contra propriam delicti alicujus confeſſionem, in integrum reſtitui, licet nullum vel errorem, vel dolum adverſarii, aut quid ſimile probet; Rectè tamen ad hoc Anton. Matthæi, minorem propterea, etſi nihil ipſe doceat, contra talem inficiationem reſtitui, reſpondet, quia planum nempè fit, eum, qui, cùm ſimpli ſolutione defungi poſſet, inficiandô ſe obſtrinxit ad duplum, eô ipsô eſſe læſum: cùm econtra, ſi quis delictum aliquod confiteatur, non ſtatim liqueat, id temerè ab eo factum eſſe. *ad lib. 48. ff. tit. 16. cap. 1. n. 12.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. 9. ff. d. tit. num. 7.* * Vide tamen Menoch. *d. caſ. 268. num. 4.* Guazzin. *cit. loc. n. 6.* Afflict. *deciſ. 208. in fin.* qui omnes, cùm ſatis, ex ipſa ſola confeſſione, de læſione vel errore appareat, reſtitutionem minori concedendam exiſtimant, licet alia nulla læſionis vel erroris probatio adferatur; quorum etiam ſententiam magis eſſe communem atteſtantur Hondede. *conſult. 102. n. 50.* Franciſc. Caldas, *in repetit. l. ſi curator. verb. vel adverſarii dolo. num. 39. & ſeqq. Cod. d. reſtit. in integr. minor.* Videatur omninò Sfortia Oddus, *d. quæſt. 65. artic. 9. præſertim num. 38.* † Argumenta Sarmienti, *3. ſelectar. interpret. cap. 13.* & Fachinæi, *1. controv. 72.* quibus minori indifferenter adimunt beneficium reſtitutionis, nihil me movent. Quòd enim ajunt, etiam tùm, cùm dubitatur, an verum dixerit vel falſum, minorem reſtitutione eſſe indignum; cùm non ſit præſumendum, quòd contra ſe fuerit mentitus, ſi modò ſit ſanæ mentis, & rem intelligat, de qua agitur, ut ſolent adulti; ad id reſponderi poteſt: hanc rationem æquè in civilibus confeſſionibus militare, contra quas tamen certum eſt, minorem reſtitutionem impetrare poſſe. Et quis non videt, hoc caſu inter adultum & minorem differentiam aliquam eſſe conſtituendam, cùm faciliùs minor metu vel torturæ, vel Iudicum importunitate territus, ad delicti confeſſionem adigi queat? Ajunt porrò, aliquoties abſolutè definitum eſſe, minorem non reſtitui in delictis, ut dictum quæſtion. præcedenti. Sed non fit illatio à ſeparatis. Separata autem ſunt, delictum, & ipſa confeſſio delicti. Non reſtituitur minor adverſus

Digitized by Google

ſus delictum: quia non poteſt perpetrato crimine v. grat. adulterio, homicidio, res conſtitui in eum ſtatum, in quo fuit antequam illud commiſſum eſſet.. Quemadmodum emptio, alienatio, &c. & alia civilia negotia, reſcindi queunt, reſque tradi veteri domino ſuo. Non idem, ut dixi, in criminibus fieri poteſt. Et ideoque non datur minori reſtitutio contra delictum. Aliud eſt in confeſſione: Fieri enim poteſt, ut res reponatnr in eum ſtatum, in quo fuit ante confeſſionem. Et tunc æquè accuſatori ac reo minori, jus ſuum remanet ſalvum.

Denique non obſtat *d. l. 37. h. t. n.* ibi: *utique nulla deprecatio pœna eſt, ſi ſe minor adulterum fateatur.* His verbis ajunt probari, non eſſe in integrum reſtituendum minorem adverſus ſuam confeſſionem, &c. At dico, in caſu illius legis, non reſtitutionem, ſed pœnæ mitigationem petiiſſe minorem: fatebatur delictum, nec poſt confeſſionem illud poterat negare. Pœnam tantùm intuitu ætatis deprecabatur: idque ipſi denegat JC. cùm adulterium ſit delictum, in quo, ſi venia concederetur ætati, ad ejuſmodi delictum maxumè proclivi, fores impudicitiis aperirentur, &c. ** Planè, ſi minor ſemel contra confeſſionem ſuam reſtitutus, delictum ſive ſponte, ſive per torturam denuò fateatur, quin nulla ei ampliùs reſtitutio concedatur, non dubitat: Gomez. *d. delict. cap. 1. num. 66.* ubi teſtatur de communi; poſt Modern. *Roman. quaſt. 81. num. 386.* Guazzin. *d. loc. num. 7.* * *An ea, quæ dicta ſunt, etiam in* Atrocioribus *criminibus procedant?* exequitur Oddus, *loco ſæpe alleg. num. 40. & ſeq.* †

16. Etiam Juriſperitus minor reſtituitur, ſi ſit ex contractu læſus.

MInorem quinque & 20. annis, Iuriſperitum, ſeu Doctorem juris, ſi ex contractu fuerit læſus, in integrum reſtitutionem poſtulare non poſſe, communem eſſe ſententiam ait Sfortias Oddus, *tr. d. reſtit. part. 1. qu. 23. art. 7.* cui ſententiæ adſtipulatur quoque Bronchorſt, *1. miſcell. 28.* Alii diſtinguunt inter juris errorem, & circumventionem in facto; ac in priori caſu denegant reſtitutionem, concedunt in poſteriori. Buſius, *ad l. 1. h. num. 5.* Fachinæ. *3. contrev. 5.* Verùm probabilior mihi ſententia videtur Sarmienti, *3. ſelect. interpr. 12.* qui indiſtinctè Doctori juris,

Digitized by Google

beneficium hoc non aliter ac cuilibet alii minori concedendum eſſe putat. Sanè prorſus ſunt iniqui, qui juriſperito, ſi in contractu, ex facti rerumque humanarum ignoratione, lædatur, denegant beneficium illud, quod minoribus ſine hac diſtinctione concedit jus noſtrum: Quòd enim ajunt, in integrum reſtitutionis cauſam eſſe, imperitiam rerum, quæ minorem ætatem plerunque comitari ſolet, *l. 1. ff. h.* eam autem ceſſare in Iuriſperito: cùm nempe Iuriſprudentia ſit notitia rerum divinarum atque humanarum, juſti atque injuſti ſcientia: ideoque, qui omnium humanarum atque divinarum rerum ſe peritum profitetur, nullâ fronte poſſe rei à ſe geſtæ imperitiam allegare; hoc prorſus non me movet: cùm aliud ſit in rebus agendis prudentia, * quæ non ex libris; ſed uſu & ſcientiâ comparatur; (Vinn. *l. 1. ſel. q. 13.* †) aliud verò ſcientia juris. Nec diſſimiles eſſe videntur ejuſmodi argumentatores ruſtico illi, qui miratus olim fuit, Doctorem de itineris tramite eum interrogare, nec ſcire compendia omnia viarum. Et tantum abeſt, ut Doctores ad cognitionem illarum minutiarum, quæ in contractibus, ac ſimilibus negotiunculis obſervanda ſunt, adſtringamus; ut quotidiana experientia atteſtetur, neminem magis negligere illas, quàm literis in totum addictos. Rarò boni œconomi ſunt, qui ſunt optimè docti. * Et veriſſimè Cicero, *de quærenda*, inquit, *de collocanda pecunia, etiam de utenda, commodiùs à quibuſdam optimis viris ad medium Janum ſedentibus, quàm ab ullis Philoſophis ulla in ſchola diſputatur, l. 2. de offic. in fin.* Vide Sfort. Oddum, *d. reſtit. p. 1. q. 23. art. 7. num. 33.* † Fateor equidem, non ſolùm de jure reſpondiſſe Iuriſperitos; verùm etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique negocio & officio illos fuiſſe conſultos; ac ſi omnium rerum periti eſſent, ut Cicero teſtatur. *lib. 3. d. Orator.* Sed non ego facile crediderim, olim tales ICtos de omni negotio reſpondiſſe, qui nondum compleviſſent annos ætatis perfectæ. * Quid quod apud veteres non alii quàm clariſſimi viri, magnoque rerum uſu præditi, & fere omnibus honoribus reique publicæ muneribus perfuncti de jure civibus reſponſitaverint, ut ex modo laudato Cicerone (*lib. 1. d. orat.*) meminit Vinnius, *d. lib. 1. quæſt. 13. ferè in med.* † Et quoque prudentia illa Iuriſperitorum architectonica, *id eſt*, talis fuit, quæ alios poterat inſtruere, & con-

Digitized by Google

conſiliò dirigere, non item perficere ipſa. Pariter, ut architectus inſtruit & inſtruitur ab artificibus aliis, nec ipſe perficere poteſt, quod alios docet; Sic & Medicus Chirurgum inſtruit, an & quomodo membrum ſit abſcindendum, qui tamen ipſe manuariam applicationem ignorat, & ſine dubio erraret, ſi manum adhibere teneretur. * Hincque vulgò Ddres, minorem 25. annis, qui titulum Doctoris juris adeptus eſt, ſi, causâ cognitâ, captus deprehendatur, ab æquiſſimo hoc remedio removendum non eſſe, uno ore adſertant; cumprimis argum. *l. in conſilio. 1.* ibi: *induſtrium ſe docuerit, ut lapſum eum per ætatem veriſimile non ſit. Verùm ſi causâ cognitâ circumventus deprehendatur, propter hoc ſolùm* (quòd diligens & induſtrius ſit paterfamilias) *velut præſcriptione*, ſive exceptione, *à ſolitò auxiliò removeri non debet. Cod. qui & adverſ. quos.* ubi Dn. Brunnemann, *num. 3.* Quantacunque enim huic ætati tribuatur prudentia; ſemper tamen eidem adjuncta eſt levitas animi, conſilii infirmitas, & rerum multarum *ἀπειρία*. *l. 1. h. t.* poſt Sfort. Oddum, *p. 1. quæſt. 23. art. 3. & 13.* Iohann Sichard. *ad l. 2. Cod. d. reſtit. minor. num. 2.* Vinnius, *cit. loc.* poſt Steinhuſ. Dn. Manz, *d. reſtit. tit. 2. num. 26.* Major controverſia eſt, ſi quæramus de juris errore. Et cùm Doctorem propriam turpitudinem allegare ajunt, ſi per ignorantiam artis, quam profitetur, ſe læſum confiteretur; argum. *l. 2. §. Servius cùm. 43. d. Orig. Jur.* Maxumè cùm alias ſit reſcriptum, juris ignorantiam non prodeſſe, ſi quis copiam habeat ICti, vel ſuâ ſit prudentiâ inſtructus. *l. regula. 9. §. ſi quis. 5. d. iur. & fact. ignorant.* At aliud eſt, quærere de laude, aliud de reſtitutione. Non auget exiſtimationem minoris, ſi dicat, ſe pecuniam mutuò accepiſſe, & eam facilitate ſuâ inutiliter abſumpſiſſe; petere ideoque reſtitutionem. Quæ tamen ipſi non denegatur. Et hic generaliter eſt obſervandum, etiam minori ſuccurrere noſtra jura, eumq; adhuc jure minoris cenſere quamvis aliàs induſtrius ſit, & rem ſuam benè gerat. *l. 1. ff. h. t. l. 1. Cod. qui & adverſ. quos.* nec reſpicere ad qualitates animi; ſed ad ætatem, quæ ita eſt imbecillis, ut conſtantem & jugem prudentiam non admittat, etiamſi prudentiam nonnunquàm largiatur: ita ut eo ipſo minor mereri videatur reſtitutionem, quòd ex ætatis imbecillitate artem, quam ſcivit, vel ſcire debebat, non uſurpavit, vel non ritè negotiis adplicavit, quod eſt prudentis, non ſci-

entis; & quoad prudentiam ſæpe magis poteſt natura, quàm ars. Prudens item minor, ſemper minor, non tamen ſemper prudens eſt: ideoque poſſibile eſſe apparet, eum facilitate ſuâ aliquando lædi poſſe. Eamque ob cauſam, tunc non erit deneganda in integrum reſtitutio minori, etiam peritiſſimo; cùm in ea te non fuerit, quòd aliàs erat: & ita omnia concurrant requiſita, quæ ad concedendam reſtitutionem neceſſaria eſſe *ſupra* dixi. Sic videmus etiamſi minor induſtrium ſe maxumè probet, ob idque à Principe obtineat veniam ætatis, non tamen de eo, ſicut de majori lex confidit. *l. 2. & 3. C. de his qui ven. ætat.* Suſpecta etenim eſt legibus hæc ſapientia præcox. * Atque hanc ſententiam tuentur quoque Conradus & Bened. Carpzovii, Fratr. *tract. d. regal. lib. theſ. 28.* Dn. Manz. *d. reſtit. tit. 2. num. 26.* ** Cœterùm hos ſi demas, Neoterici ſanè plerique omnes, & ex veteribus quoque quamplurimi, ſupra relatam diſtinctionem inter læſionem ex errore facti & juris admittunt unanimiter, ſic, ut non quidem prior; at benè poſterior in integrum reſtitutionem excludat & impediat; argum. *d. l. 2. §. 43. d. orig. iur. l. 30. Cod. d. tranſaction.* Et omninò, ſi is, qui artis alicujus ſcientiam profitetur ac venditat, circa hujus ſuæ artis principia fallatur, fruſtra idem ad ætatis compendia provocat, qui ex ignorantiâ univerſalium, damni, quod patitur, ſibi cauſa exiſtit; arg. *dd. & ſimil. ll.* Vnde etiam meritiſſimus de noſtra juriſprudentia B. Brunnemannus, *Melius*, inquit, *diſtinguitur inter ea, quæ ad iuriſperitiam pertinent, ſi errore iuris exceptionem vel allegationem omiſit, quia hic deſiderium eius, ſi vellet reſtitui, cum profeſſione eius pugnaret*; argum. *l. profeſſio. 6. Cod. d. muner. patrimon. lib. 10. & inter alia negotia civilia & œconomica; quia profeſſio iuris cum provida adminiſtratione bonorum, nihil commune habet. ad l. 1. Cod. qui & adverſ. quos. numer. 3. & ſeqq.* Conſent. Limneus, *d. Academ. theſ. 12. lit. K.* Dn. Struv. *ad π. exercit. 8. theſ. 55.* Celeberr. Dn. Lauterbach/ *ad π. exercit. 12. theſ. 9.* Quintilian. Mandoſ. *tract. d. ætat. minor. quæſt. 6. in fin.* Bocer, *claſſ. 6. diſp. 10. theſ. 40.* Arnoldus Vinnius, *lib. 1. ſelect. quæſt. 13.* Hillig. in Donell. *l. 21. c. 11. lit. B.* Guido Papæ, *deciſion. Gratianopolit. q. 88. num. 4.* Oddus, *d. R. part. 1. q. 23. art. 7.* Brunnem. *ad l. 1. num. 4. h. tit.* * Atque ex hiſce iiſdem principiis, ſi etiam Mercator ex imperitia negotiationis læſus proponatur, fruſtra reſtitutionem

nem & ipſe deſiderat. Hector Fœlicius, fœliciſſ. Ital. Ictus, *tr. d. ſociet. & Bb. commun. cap. 5.* Dn. Struv. *cit. loc.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. 1. num. 6.* Benvenut. Stracha, d. Mercatur. *part. 3. num. 26.* Vid. David Mevius, *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 2. artic. 7. in addition.* (quamvis alii, ſimpliciter, minores mercatores ab in integrum reſtitutionis beneficio removeant. Marantha, *p. 4. ut indic. mercat. num. 35.* Auguſt. Barboſa, *in repertor. iur. civ. & canon. verb. minor.* quibus rectè haud dubiè in puncto juris contradicit Dn. Lauterbach / *d. iure. in cu. Mercator. uſit. theſ. 46.* de conſuetudine tamen hoc obtinere, teſtatur Mevius, *ad Jus Lubec. lib. 3. 6. 21.* Horat. Carpanus, *ad Statut. Mediolanenſ. cap. 416.*) * Imò denique in univerſum cujuscunque alterius artis & profeſſionis peritiam, circa negotia ejuſdem artis atque profeſſionis, hoc auxilium Prætoris penitùs excludere, ſententia eſt Vinnii, Dn. Struv. *citt. locc.* Maurit. *d. reſtit. in integr. cap. 223.* Sfortiæ Oddi, *p. 1. quaſt. 23. artic. 7. num. 32. cum ſeqq.* Zaſ. *hîc. num. 21.* Wiſſembach. *ad π. diſp. 14. theſ. 4. & 24.* Everhardi à Middelburgo, *loco a. milit. armat. milit. ad milit. cœleſt. milit. circa fin. fol. m. 298.* & paſſim aliorum. †

17. *Præſcriptio adverſus minores non currit: ita ut non indigeant reſtitutione.*

Fundamentum hæc ſententia habet *in l. fin. Cod. in quib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſ. non eſt.* ubi generali conſtitutione ſancivit Juſtinianus: nullam præſcriptionem minoribus currere ipſo jure; præter præſcriptiones 30. & 40. annorum. Ioh. Maurit. *tr. d. reſtitut. cap. 94.* (de quibus inferiùs.) Et ratio differentiæ, cur in contractibus reſtitutione ſit opus; præſcriptiones verò ipſo jure non noceant minori, hanc aſſignat poſt Duaren. *ad d. l. fin.* Arumæ. *diſp. ad ll. præcipuas. 6. theſ. 22.* Quòd nempe præſcriptiones ex quodam rigore juris proficiſcantur, & odioſæ quodammodo ſint; contractus verò non item. Addi poteſt & illud, contractus jure naturali parere obligationem; hanc verò juris naturalis æquitatem non annihilare voluit Prætor, niſi priùs læſio, vel circumventio fuerit probata. Præſcriptio verò non eſt vinculum tam firmum, & etiam nunquam fieri poteſt, ut non minorem lædat; cùm contractus interdum proſint. Ergo ea ipſo jure minori non debuit nocere. Unde non obſtat. *l. Æmilius. 38. h. t. n.* ubi minor

adverſus præſcriptionem temporariam reſtituitur; quia ea ex contractu deſcendebat, ſeu ex commiſſoria lege. vid. Maurit. *d. loc. cap. 95.* Ex eâdem ratione, contra uſucapionem, minor eſt reſtituendus. *l. un. Cod. ſi adverſ. uſucap.* quia ea non ex ceſſatione, ſed acquirentis naſcitur poſſeſſione, quæ non eſt in facto minoris. Donell. *21. cap. 9.* ibique Hilliger, *lit. G.* * De qua tamen quæſtione & *An omninò, quoad bona minorum, inter uſucapionem & longi temporis præſcriptionem, aliqua ſit differentia? An* verò *l. unic. C. ſi adverſ. uſucap. planè ſit inutilis*, ſicut aliæ plures ex veterum ICtor. reſponſis nullam omnino utilitatem hodie habentes, corpori juris infertæ occurrunt? videri meretur Dn. Brunnemann, *ad d. l. unic.* Bachov. *ad Treutler. vol. 1. diſp. 11. theſ. 12. lit. a.* Anton. Faber, *ad l. 45. ff. h. t. verb. reſtituendam actionem.* Dn. Struven. *ad. x. exercit. 43. theſ. 10.* † *Quid item differant uſucapiones à præſcriptionibus?* docet Buſius, *4. ſubtil. cap. 1.* * & vulgo Dd. *ad princip. Inſtit. d. uſucap. & l. 1. præſcript.* † Plura de præſcriptione adverſus minores, habet Vaſquius, *1. d. ſucceſſ. creat. §. 10. num. 39.* Gilken. *d. præſcript. p. 3 cap. 1. num. 63. ac ſeqq.* ** Atque ut ne ſiccô planè pede iſta prætereamus, licet certa ſit regula: Quòd, contra minorem, temporales præſcriptiones ipſo jure non currant; ſed lex ſtatim ab initio eaſdem impediat. *d. l. fin. Cod. in quib. cauſ. in integr. reſtitut. neceſſ. non eſt. l. 3. l. 6. Cod. quib. non. obiic. long. temp. præſcript.* Carpz. *p. 2. conſt. 9. def. 2. num. 1.* Attamen haud unam hæc eadem regula exceptionem admittit. Quò pertinet cumprimis, & præ aliis eminet præſcriptio (1.) illa triennalis, quâ in cauſis civilibus, de jure civili, finienda eſt inſtantia; contra pupillos & adultos (ſive ſpecificè ſic dictos minores) non minùs currens, quàm contra majores. *l 13. §. fin. Cod. d. iudic.* adeò, ut nec contra eandem ipſi reſtituantur; niſi tutores vel curatores planè deſierint ſolvendo eſſe. *d. §. fin. Cod. d. tit.* ubi Dn. Brunnemann, *num. 67.* Sfort. Odd. *d. reſtitut. part. 2. q. 88. artic. 3. num. 41. & ſeq.* ubi etiam dilationibus à Iudice vel Statuto datis hæc ipſa accommodat. *num. 44.* vide Bero. *volum. 3. conſil. 18. num. 6.* * Itemque huc (2.) ſpectat præſcriptio annalis, contra omiſſum à minoribus injur. judiciũ. *l. 37. pr. d. min.* ita ut nec hic in integr. reſtitut. locus ſuperſit. Dn. Manz. *d. reſt. tit. 2. n. 118.* Brunnem. *ad l. fin. Cod. in quib. c. in int. reſt nec. n. eſt. n. 10.* Repete, quæ ſupra confertim adducta, *Q. 14.* (3.) Præſcriptio illa decendialis, quam ad inducendam appella-

pella-

Digitized by Google

pellationem LL. præfiniunt: non tamen excluſo hîc Prætoris beneficiô. *l. 7. §. penult. ff. h. tit.* Sfort. Odd. *d. quæſt. 88. artic. 3. num. 46.* ubi hanc ſenteutiam dicit communem (4.) huc referunt etiam alias ſpecies, veluti *authent. ſi minor. Cod. d. tempor. in integr. reſtitut. l. 3. §. 8. h. tit. d. minor. Novell. 1. cap. 4.* poſt Bachov. Dn. Struv. *ad π. exercit. 43. theſ. 10.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. ult. num. 10.* Barboſa, *ad eand. l. num. 7.*

* Nec minùs contra minores currunt præſcriptiones Conventionales, ſive temporis, ſpeciali contrahentium pactô, præſtituti; & quidem, ſi originem eædem ſumant ex contractu majoris, cui minor ſucceſſit, nec reſtitutioni locus conceditur: benè verò aliàs. *l. Æmilius. 38. ff. hoc tit.* Bachov. *ad π. tit. d. min. c. 3.* Dn. Struv. *cit. loc.* Vnde ſi minor fundum vendiderit, cum pacto, intra ſexennium eundem redimendi, & intra tempus à ſeipſo conventum ſibique præfixum, illum non redimat; probatâ læſione, beneficium Prætoris ei non denegatur; poſt Tiraquell. Socin. & alios, Sfort. Oddus, *part. 2. q 86. artic. 1. num. 2. & 9.* Quod ſecus foret, ſi à majore, cui minor ſucceſſit, pactum eſſet adjectum. Idem Oddus, *d. quæſt. artic. ſeq. 2. per tot.* Vide tamen *eund. art. 3.* Addat Theſſaur. *deciſ. 163. num. 1. & ſeq.* Dn. Brunnemann, *ad d. l. 38. num. 5.*

* Ita pariter ex communi Dd. ſententia à regula excipiunt Statutarias & Conſuetudinarias, quæ ſcilicet ſpecialibus locorum ſtatutis ſive moribus introductæ atque receptæ ſunt; poſt Barboſ. & Roſenthal. Dn. Brunnemann, *ad d. l. ult. Cod. in q. c. in integr. reſtitut. num. 10. in fin.* & contra minores, ſive quæſtio moveatur de lucro captando, ſive damno vitando, locum habent indiſtinctè. poſt Caſſanæ. *ad Conſuetud. Burgund. rubr. 3. des Fiefs. §. 2. num. 7. princip.* Inclyta Facult. Jurid. Tubing. apud Dn. Autor. *conſil. 39. num. 8.* Junge Sfortiam Odd. *d. quæſt. 86. artic. 5. num. 55. in fin. cum ſeqq.* ubi variè hanc definitionem declarat atque limitat. Schrader, *d. Feudis. part. 1. cap. 5. num. 26.*

* Denique (quod ſupra jam monitum ab Autore) præſcriptiones longiſſimi temporis, ſive 30. vel 40. annorum adverſus minores, non ſaltem ipſo jure currunt. *d. l. fin. Cod. in quib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſ. n. eſt*; Dn. Carpzov. *Jur. For. part. 2. conſt. 9. def. 2. numer. 4.* Sed nec etiam reſtitutio contra illas conceditur.

Colleg.

Digitized by Google

Colleg. Jurid. Argentorat. *hic. theſ. 28.* non quidem ob rationem ibid. aſſignatam (cùm quadriennium ad impetrandam in integr. reſtitutionem minoribus præfinitum, ratione initii, utile ſit. *l. fin. Cod. d. tempor. in integr. reſtitut.* ubi Dn. Brunnemann, *num. 1. & 10.* junct. *l. 2. princ. ff. quis ord. in bonor. poſſeſſ ſervet.*) ſed ob alteram, quam adfert (contra communem Dd. ſcholam, reſtitutionem hîc concedentem) meritiſſ. Carpzovius, *cit. loc. num. 6. cum ſeqq.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſp. 11. theſ. 12. lit. a.* Dn. Brunnemann, *ad l. unic. Cod. ſi adverſ. uſucap. num. 8.* qui omninò videndi. † De *alienatione* tandem *bonorum minoris*, ſine decreto, multa ſæpe in foro diſceptantur. Ac *quomodo ea revocetur*, conſule Pfeil. *conſ. 44.* * David Mevium, *ad Jus Lubec. part. 1. tit. 7. art. 10. num. 7.* Carpzov. *Jur. For. p. 2. conſt. 11. def. 29. numer. 6. & ſeqq.* Iungat. omninò celeberrimus Dn. Lauterbach / *in accuratiſſ. diſſert. d. alienat. rer. quæ minor. ſunt. Anno 1652. hic Tubingæ habitâ.* † Ac tum, *ſi* ſcil. *agatur de revocatione rerum pupilli, vel minoris immobilium, ex capite nullitatis, ob ſolennium defectum, quis rem legitimè vel minùs legitimè alienatam eſſe, debeat probare?* vide Schæffer. *lib. 3. quæſt. 21.* * Dn. Carpzov. *d. conſt. 11. definit. 32.* & *lib. 1. reſp. 80.* ubi oſtendit: reo, legitima requiſita adhibita eſſe excipienti, probationem eorundem incumbere; per *l. 13. §. 2. d. public. in R. act.* quod & probat Dn. Lauterbach / *d. loc. theſ. 38* †. At *quatenus tales alienationes, ipſo iure nullæ quinquennii ſilentiô (poſt maiorennitatem) convaleſcant?* videatur Jac. Schultes. *1. qu. 15. 16. & 20.* * Octav. Simoncell. *d. decret. lib. 3. tit. 9.* Sfort. Odd. *d. reſtit. part. 1. quæſt. 25. artic. 3.* Auguſtin. Barboſ. Dn. Brunnemann, & vulgò Interpr. *ad tit. C. ſi maior. fact. alienat. rat. habuer.* Anton. Natta, *conſil. 162.* Richter / *part. 1. deciſ. 13. num. 15.* Montan. *d. iur. tutelar. cap. 33* inprimis Dn. Præcept. Lauterbach / qui totam hanc quæſtion. & tit. *C. ſi maior fact. alienat. ſine decr. fact. rat. habuer.* XXX. poſitionibus eleganter illuſtravit. †

TIT. V.
DE CAPITE MINUTIS.

18. *Capitis minutio, rectè ſtatus prioris mutatio definitur.*

CApitis minutio, in nullo ferè hodiè eſt uſu. Nec enim jura ſervi-

ſervitutum ampliùs frequentantur; ut nec adoptionum, emancipationumque ſolemnia uſurpantur. Weſemb. *in parat. h. t.* Unde & jure Canonico, hac de re titulus invenitur nullus. Buſius. *hic.* * vide tamen Bocerum, *Claſſ. 1. diſp. 13. theſ. 29.* ubi, ante non multos annos, Comitem quendam, coram Auguſtâ Imperii Camerâ ſuos filios meminit emancipâſſe. † Eſt verò capitis minutio, commutatio prioris ſtatus. *l. 2. ſupra d. reſt. in integr. l. 1. d. cap. minut.* Nec, cum Cujacio, minuere, interpretor, amittere; ſed malim id ſumere pro mutare. Sic enim *in l. 17. d. oper. libert.* dicitur, minuere propoſitum vitæ, quod aliis adhùc auctoritatibus G. Fornerius *1. ſelect 26.* probat. Caput verò idem eſt quod ſtatus, ſeu conditio. * *l. 3 in fin. ff. hoc tit. l. capitalium. 28. ff. d. pœn.* Quam conditionem ſive ſtatum ſi mutet perſona, capite minui dicitur. Nec ineptè Hotomannus ad perſonam arbitratur translatum eſſe, quod de ipſo ordine, propriè loquendo, dici debebat; nimirum, cùm quis deportatur aut emancipatur, Ordo civium vel agnatorum capite uno minuitur. Arnold. Vinn. *ad princ. Inſt. hic.* † Cumque tria ſint, quæ in civis Romani perſonâ conſiderantur, libertas, Civitas & familia, *l. ult. h.* Quo etiam Terentius *in Eunucho,* adnotante Donato, alluſit, cum ait: *Principio dico eam eſſe liberam, civem Atticam, & meam ſororem.* Tres proindè ſunt capitis deminutiones, maxuma, media & minor. Quamvis interdum magnæ tantùm, & minoris, in jure noſtro mentio fiat. *l. 1. §. ſi filius. 4. d ſuis & legit. l cognationum. 5. de Var. & extraord. cognit.* ſub nomine magnæ tam mediâ quàm maximâ comprehenſâ. *l. 1. §. capitis. 8. ad SC. Tertull. l. 1. d. uſufr legat.* quod ad conciliationem aliquarum difficultatum prodeſt. * Vinnius *cit. loc.* † Magna libertatem, media civitatem; familiam ultima mutat. * Vide Manzium, *hic. num. 3. & ſeqq.* †

19. *Minimâ capitis deminutione adhuc hodie minui caput.*

IMperator noſter *in §. minima. 3. h. t.* Minimam ait capitis deminutionem eſſe, *cum civitas retinetur & libertas, ſed ſtatus hominis commutatur.* Obſcurè & perplexè hoc dici, cenſet Anton. Matthæus, *in colleg. Inſtit. diſp. 3. theſ. 19* cùm in genere capitis deminutio, mutatio ſit ſtatûs. At nihil eſt obſcuri, nihil perplexi. Non enim ſimpliciter dicit Juſtinianus, minimam capitis demi-

nutionem, ſtatus eſſe commutationem: ſed talem; ubi quidem civitas & libertas retinetur, ſed ſtatus nihilominus permutatur. Addit porro Juſtinianus, minimam accidere capitis deminutionem, in his, qui cum ſui fuerint juris, cœperunt alieno juri ſubjecti eſſe, vel è contra: hoc eſt, adoptione & emancipatione. Duplex hîc iterum oritur difficultas, ſunt enim qui putant adoptionem hodie, non amplius minimam capitis deminutionem eſſe: cùm in alienam familiam non tranſeat reverâ, contra quos diſputavi, cum tractarem titulum *de Adoptione*. Mirum item videri poſſit, cur Imperator Juſtinianus in ſequentibus Emancipationis tantùm faciat mentionem, cum & aliis rationibus filius ſui juris evadat. At verò morte patris & dignitate, fit quidem filius ſui juris, ſed familiam, adeoque ſtatum non æquè mutat. *l. 3. §. ult. ad SC. Macedon*. Alia eſt ratio emancipationis quâ fit filius ſui juris, & egreditur familiam Patris; ut etiam obſervavit Muret. *in not. ad §. 2. Inſt. h.* Sed rurſum incidit difficultas. Sunt enim qui dubitant, *An etiamnum hodie emancipatione, ſicque minima capitis deminutione, dici poſſit, minui caput poſtquàm ſublatæ ſunt imaginaria venditiones?* Negat Goveanus *1. var. lect. 26.* Cujac. *in not. ad Ulpian. t. 19.* Hotoman. *in §. 3. Inſt. h.* * Weſembec. *ad §. 1. num. 6. & 7. Inſtit. hoc tit.* Cujac. *in not ad Ulpian. tit. 19.* † Rectius id mihi affirmare videtur Giphan. *ad. §. 3. in f. Inſt. h.* Ant. Matth. *d. diſp. theſ. 18. ac in not. ad Inſt. h. §. minima.* Mart. Schickard. *diſp. 3. theſ. 4. ad fin.* * B. Dn. Proavus meus, *ad §. 3. num 4. & ſeqq. Inſt. hoc tit.* † Fuit quidem olim emptio & venditio duplex, naturalis & civilis. Naturalis extraordinaria eſt, ſive abſque formulâ & ordine: Civilis ſeu formularia ex *Lege XII. Tabul.* & mancipatio dicebatur, certiſque ſolemnitatibus perficiebatur, ac quæcunque res, niſi per eas ſolemnitates, non poterant abalienari. Erant & imaginariæ venditiones, ex nudo ſeu mero Quiritium jure, quæ nummo uno, quaſi nullo aut minimo pretio fiebant: ut docet Marcil. *ad Leg. XII. Tab. §. 14.* Hujuſmodi emptiones venditiones, paſſim in negotiis quamplurimis uſurpabantur: in teſtamentis, manumiſſionibus, emancipationibus, &c. ſed licet illæ ſolemnitates fuerint mutatæ, imò abolitæ prorſus, non tamen perempta eſt res ipſa. Sicque cum venditione in emancipationibus ſublatâ, non etiam ſublata eſt mutatio familiæ, & per conſequens capitis minutio. vide Giphan. *ad §. 3. Inſt. h.* * Et præ

Digitized by Google

aliis ubertim Arnoldum Vinn. *ad §. 3. num. 3. Inſtit. hoc tit.* ubi de hiſce ſufficienter. Caſpar Manz. *d. reſtitut. tit. 6. num. 9. cum ſeqq.* Dn. meus Proavus, *citat. loc.* ubi fusè ad contraria. De imaginariis illis Venditionibus confer itidem prolixè laudatum Vinnium, *ad §. 1. & ſeq. Inſt. d. Teſtam. ordinand.* †

TIT. VI.
EX QUIBUS CAUSIS MAJORES.

20. *Adverſus præſcriptionem longiſsimi temporis, non competit majoribus, ſub ignorantiæ prætextu, beneficium reſtitutionis.*

EDicti, de majorum reſtitutione, cauſam juſtiſſimam eſſe, nemo non cogitur fateri. Quis enim non ſuccurreret etiam majori, qui per abſentiam ſuam læſus fuit? *l. 1. h. t.* Æquum tamen eſt, ut ex juſta cauſa reſtitutio imploretur. Unde neceſſe eſt, ut ſine dolo abfuerit, ſi quis major per abſentiam læſus ſibi ſuccurri petat. *l. item. 4 h. tit.* Sed nec ſolùm abſentia vel ſervitus, carcer & ſimiles in edicto expreſſæ cauſæ, reſtitutioni faciunt locum: quia generaliter ait Prætor, *ſi qua mihi alia videbitur juſta cauſa.* Quæ clauſula Edicto inſerta, omninò neceſſaria fuit. Multi enim poſſunt evenire caſus, qui, ex pari æquitatis ratione, exigant auxilium reſtitutionis, nec ſigillatim enumerari queant. Unde quoties æquitas ſuggerit, ad eam clauſulam confugiunt noſtri Dd. Sicque, quod de probabili neceſſariâque abſentiâ paſſim docent Leges hujus tit. noſtri. Bart. aliique extendunt ad infirmum, qui ob corporis debilitatem, adeſſe judicio nequivit; arg. *l. quæſitum. d. re iudic.* Unde porro concludunt, ſi ſciret judex infirmitatem, ſaltem per partis allegationem, & nihilò ſecius ſententiam ferret, eam eſſe ipſo jure nullam. Innoc. *in c. pen. extr. de dilat.* Maurit. *tr. de reſtit. c. 339.* Sic & peſtis, impedimentum juſtiſſimum reputatur, ob quod major reſtituatur, ut idem Maurit. *c. 367.* docet. Quin & ex generali illa clauſula, extruunt vulgò interpretes Juris: Si is, contra quem præſcriptum eſt, ſe ignoràſſe, prætendat, rem ſuam præſcribi; ex capite ignorantiæ, contra præſcriptionem, reſtitutionem petere eundem poſſe. Hanc communem opinionem eſſe, patet ex pluribus, quos latiſſimè refert Tiraquellus. *d. retract. part. 1. §. 35. gloſſ. 4. num. 35.* Maurit. *tr. d. reſt.*

cap. 57. & ſeqq. Ab hâc verò opinione, non immeritò diſceſſionem faciunt, nec pro juſtâ cauſa reſtitutionis, hoc in caſu, ignorantiam habent, poſt Pinel. *in auth. tricennale. num. 58. C. d. bon. matern.* Sarmient. *3 ſelect. 10.* Fachinæ. *1. c. 69.* Bronchorſt, *1. miſcell. 30.* Buſius, *ad l. 26. h.* Arumæ. *diſput. ff. 6. theſ. 24.* Cùm enim per Leges, in materia præſcriptionum, ſit cautum, ut inter præſentes currat decennalis, inter abſentes verò (undè ignorantia ferè provenire ſolet) præſcriptio vicennalis, *l. f. Cod. d. præſc. longi temp.* quâ fronte ſtatuere quimus, perpetuò, ignorantem, per reſtitutionem, contra longiſſimam præſcriptionem, tueri ſe poſſe: Quin & *l. ſicut. 2. l. omnes. 4. C. d. præſcript. 30. vel 40 ann. l. unic. C. d. uſucap. transform. & d. l. f.* ibique *auth. malæ fidei Cod. d. longi temp. præſcript.* communi opinioni manifeſtè refragantur: cùm ibi diſcrimen ſcientiæ & ignorantiæ apertè excludatur. * Cùm enim hæc ipſa cauſarum diſtinctio: an is, cujus res præſcripta eſt, hoc ſciverit an ignoraverit? novam inextricabilis dubitationis ſive litis præbeat occaſionem, & verò, hoc ut attendatur, expreſſè prohibeat conſtitutio legis ultimæ, ibi: *nullâ ſcientiâ vel ignorantiâ expectandâ, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occaſio. Cod. d. tit. d. long. t. præſcr.* ſatis utique patet, nec in Prætoris facultate poſitum eſſe, an ipſe reſtituere ex hac cauſa velit; *per l. nec non. 28. §. 2.* ibi: *ſi leges non prohibeant. ff. hoc tit. ex quib. c. major. in integr.* Adde quòd poſt longiſſimum tempus leges omnem controverſiam ſilere & quieſcere generaliter jubeant. *l. 3. l. 4. Cod. d. præſcr. 30. annor.* Quòd verò his verbis reſtitutio quoque in integrum excludatur, ſatis apertus, qui hoc probat, eſt textus *in l. 1. Cod. ſi adverſ. vendition.* † Et porro, ſi vera communis opinio foret, fruſtra præſcriptiones eſſent introductæ: quis enim ſciens, rem ſuam ab alio longô tempore poſſideri ſineret? Nec robur & rigor præſcriptionis conſiſtit in eo, ut re ſuâ privetur, qui ſciens prudens negligit eandem; ſed potiùs, ne dominia maneant in incerto, præſcriptiones ſunt inventæ, quæ etiam domino invito vel ignoranti adimerent rem ſuam.

At ajunt contrariæ ſententiæ auctores; his ſimilibuſque argumentis probari, præſcriptionem etiam ignorantibus obeſſe; non adimi verò reſtitutionem: Pariter, ut abſentibus Reipublicæ cauſa, ea nocet, qui tamen in integrum reſtituuntur. Sed facilè huic difficultati occurrere quimus. Expreſſe quippe Leges

inve-

inveniuntur, quæ abſentiam Reipublicæ causâ, ad reſtitutionem ſufficientem eſſe volunt; non inveniuntur, quæ ignorantiam ſolam. Neque ab ille abſentiâ, ad ſimplicem ignorantiam ſolam. Neque ab illa abſentia, ad ſimplicem ignorantiam argumentari licet; cùm publicæ vel aliàs legitimæ abſentiæ major ſit favor, quàm ignorantiæ ſupinæ. Et ſubjecta clauſula generalis, *ſi qua mihi juſta cauſa videbitur*, de ſimilibus vel majoribus eſt intelligenda; nec obtinet in iis, quæ contra rationem juris introducuntur: ſed illis modò ſpeciebus, quæ variè ex facto accidere ſolent. Ac, ſi ex quâlibet juſtitiæ & æquitatis ſpeciem habente causâ, majores reſtituerentur, quid inter hos & minores intereſſet? cùm ne hi quidem, niſi ex juſta cauſa reſtituantur. *l. ſicut. Cod. d. praeſcript 30 vel 40. annor.* * Singularem, circa hanc quæſtionem, ſententiam fovet Hugo du Roy, *tract. de eo quod juſt. eſt. libr. 3. artic. 8. per tot.* ubi vide. †

TIT. VII.
DE ALIENATIONE JUDICII MUTANDI CAUSA FACTA.

21. *Is qui ante litem conteſtatam dolo malo deſiit rem poſſidere, conveniri poteſt utili actione.*

INfinita hominum malitia exiſtit, cui Prætor, aliique juris Romani conditores, multis vigiliis excogitatis, longâque experientiâ limatis legibus obviam ire ſtuduerunt. In more poſitum eſt nonnullis, qui rem alienam malâ poſſident fide, ut eam vel in hominem alterius provinciæ, vel in potentiorem transferant: ut nimirum verum dominum, aut in totum deterreant ab agendo, aut ei ad minus difficiliorem reddant actionem. Salutare ergò hìc proponitur remedium. Quô ſi non velit dominus poſſeſſorem rei vindicatione convenire, ut vel priſtina judicii cauſa reſtituetur, in eumque reponetur ſtatum, in quo fuit ante alienationem (Unde hæc actio inter ſpecies reſtitutionis numeratur) vel officio judicis tantum conſequetur actor, quantum ejus intereſt, alium adverſarium non habuiſſe: fortè ſi quas impenſas fecit, aut ſi quam aliam incommoditatem paſſus erit, per hanc alterius adverſarii ſubſtitutionem; *l. 1. §. fin. l. 2. l. 3. §. ex quib. h. tit. n.* cùm nempe non deterior fieri debeat cauſa noſtra ex facto alieno. *l. 1. ff. h. l. 2. ſupra. quod met. cauſ.* Modò hæc alienatio facta fuerit do-

lo malo, judicii mutandi cauſa: utrumque enim concurrere eſt neceſſe. Weſemb. *h. num. 6.* Et ut hæc actio, hicque titulus ſuccurrit actori adverſus reum, qui rem in alium transfert; ita *tit. Cod. ne lic. potentiorib. patrocin. litigantibus præſtare, vel actiones in ſe transferre.* ſubvenit reo adverſus actorem, actionem ſuam, cedentem potentiori. Et eſt porro judicium hoc intelligendum, de judicio futuro, non de cœpto. *l. ex hoc edicto. 8. h. t.* Quippe judicio cœpto, res fit litigioſa, cujus per ſe inefficax alienatio eſt, nec indiget hâc actione. *l. 2. & l. ult. Cod. d. litigioſ.* Sed poteſt fieri executio contra poſſeſſionem rei litigioſæ, abſque proceſſu novo, ut docet Gail. *1. obſ. 118. & 2. d. p. p. c. 17. num. 15.* At cùm rei vindicatio propriè detur tantùm adverſus rem alienam detinentem; poteritne utili ſaltem vindicatione conveniri is, qui ante litem conteſtatam dolo malo deſiit rem poſſidere: annè verò dominus neceſſariò vel poſſorem convenire, vel præſenti hoc remedio impetere cogitur alienantem? Sanè Paul. JC. *in l. ſin autem. 27. §. ſed & is. 3. infr. d. rei vind.* reſpondet, eum qui ante litem conteſtatam dolo deſiit rem poſſidere, teneri in rem actione: idque colligi ex SC. quo cautum ſit, ut dolus præteritus veniat in hereditatis petitionem. Unde Gajus JC. *in l. 36. in pr. d. t.* pro cautela venditat, ut qui velit expediri in rem actione, primò requirat futurum reum an poſſideat, vel dolo deſierit poſſidere. Nempe ſi poſſidet, vel dolo deſiit poſſidere, actio locum habet. Sin dicat ſe non poſſidere, nec dolo poſſeſſionem transtuliſſe, non compellitur pati actionem, *l. ult. d. t.* Indeque communius eſt receptum, hanc noſtram actionem cum rei vindicatione concurrere poſſe, Gloſſ. Bart. & Dd. *in l. 3. §. fin. h.* Weſembec. *in parat. h. num. 6. ad fin.* & *t. d. rei vind. num. 4.* Pacius. *3. antinom. qu. 12.* Buſius. *ad d. l. 36. d. rei vindic.* Hillig. *ad Donell. 20. cap. 3. L.* Rationem autem, cur utilis vindicatio, concurrat cum actione in factum quod judicii mutandi cauſa. h. e. cur ſit in arbitrio actoris eum, qui ante litem conteſtatã, rem alienavit, vel utili rei vindicatione, vel, hac noſtra actione convenire? hanc Pacius aſſignat, & ait: actionem quod judicii mutandi cauſa, priùs fuiſſe propoſitã à Prætore, quam recepta fuerit utilis vindicatio contra eum, qui dolo deſiit poſſidere; cùm hæc fuerit recepta per interpretationem SCti, de petitione hereditatis facti. *d. l. 27. §. 3. d. rei vind.* & hâc introductâ, priorem manſiſſe, nec abolitam fuiſſe. Et certè me-

tè meritò utraque actio contra eum datur, qui dolo, vel etiam culpâ latâ, quæ in civilibus dolo æquiparatur; *l.32. depoſit.* poſſeſſione ſe abdicavit: fieri enim poteſt, ut actori interdum conſultius ſit, hâc noſtrâ, aliquando verò rei vindicatione experiri. Et præſertim cùm hæc noſtra actio, poſt annum non detur, *l.5.6.7.h.t.* cùm etiam non detur in heredem, niſi quatenus ad eum pervenit. *l.6.h.* Cujac. *13. obſ. cap.37.* quia ex parte debitoris, ex delicto dari videtur. Non immeritò prudentes noſtri, per interpretationem SCti de hereditatis petitione facti, hanc utilem introduxerunt actionem. Non impedit. *l.3.§.f.h.t.* per quam Jaſon, Zaſius & Mynſing. *ad.§.1. Inſt. d. actionib.* aliud ſentire volunt: concurrere ſcil. has actiones, ita tamen, ut hoc judicium poſſit reus evitare, ſi dicat ſe velle in eâ eſſe conditione, ac ſi adhuc poſſideret. Nihil enim tunc intereſt actori. vide Gothofred. *ad l.3.h.* Dictæ etiam *l.3.* Buſius & Pacius maxumè ſatisfacere videntur.

22. *Res judicii mutandi causâ alienata, uſucapi poteſt,*

IN verba ſequentia reſpondit Ulpianus. *in. l.4. in princip. h. tit. noſtr. ſi res fuerint uſucapta, ab eo cui ſint alienata, nec peti ab hoc poſſint locum habet hoc Edictum.* Nonnullæ hîc occurrunt difficultates, quarum ibi Buſius meminit, & attingit Pacius. *3. ἐναντ. 14. & ſeq.* uterque ſubobſcurè. Caſus ita ſe habet, Titius judicii mutandi cauſa, Cajo vendidit rem ad Sempronium pertinentem. Cajus eam uſucepit: quæritur an Sempronius debeat Cajum poſſeſſorem, nùm verò alienantem Titium convenire? Ulpianus reſpondit, Cajum liberatum, & à Sempronio tamen hoc judicio noſtro, Titium doloſum alienantem compelli poſſe. At quomodò potuit Cajus uſucapere rem illam ad Sempronium ſpectantem, cùm quælibet ferè res, judicii mutandi cauſa alienata, doloſè contrectari videatur. *l.1.h.t.* ita ut fiat quaſi res furtiva, quæ uſucapi non poteſt. *§. furtivæ. Inſtitut. d. uſucap.* Sanè ſi alienans ſit fur, & ita res furtiva, vel ſimili vitio fuerit affecta, uſucapio haut procedet non tanquam judicii mutandi cauſa alienata, ſed ut verè furtiva. fieri tamen poteſt, ut emens rem judicii mutandi cauſa diſtractam, in bonâ ſit fide. Ubi certè, niſi rei inhæreat vitium, impediens uſucapionem, ea locum habet. Fraudulenta

enim

enim illa alienatio, non eſt verè furtum, ſed quodammodò jus poſſeſſionis. Fieri item poteſt, ut alienans rem ad tertium quendam pertinentem, ab initio poſſederit bona fide, & ita incæperit uſucapere: is autem qui rem emit fraudulenter diſtractam, compleverit uſucapionem. De jure verò civili ſufficit rem ab initio bona fide poſſeſſam fuiſſe. *l. 15. §. fin. infr. d. uſucap.* & ea ab initio tamen, non in ſucceſſore neceſſaria reputatur: *§. diutina. & §. ſeq. Inſt. d. uſucap.* Quamvis de Canonum jure, quod hodie ſequimur, in omni poſſeſſionis tempore, bona fides requiratur. *c. ult. d. præſcript.* At alia ſuboritur difficultas adhûc major: Nos diximus jam *ſuprà*, judicium ex hoc Edicto, annale eſſe. Nulla verò hodie uſucapio perficitur anno. Sed ad rem mobilem uſucapiendam, triennio, ad immobilem 10. aut 20. annis eſt opus. *in pr. Inſtitut. d. uſucap.* quomodo ergò potuit in propoſito caſu, Cajus rem uſucepiſſe, & nihilominùs Sempronio, adhuc actio annalis, poſt triennium, vel amplius aliquod temporis ſpatium, ſupereſſe. Reſpondent communiter Dd. intelligendum id eſſe eo de caſu, ubi alienans inchoavit uſucapionem, & cùm modicum tempus ſupereſſet ad eam perficiendam, rem judicii mutandi cauſa alienavit. At verò JC. non loquitur de uſucapione completa ab eo, cui res eſt alienata. Et ſanè hoc in caſu, nec contra alienantem actio ſupereſſet, quia præſcriptio in noſtro caſu, à Titio incepta, à Cajo completa, etiam Titio prodeſſet, cùm de jure civili mala fides ſuperveniens ante litem conteſtatam, non obſtaculo fiet uſucapioni. Probabilius ergo hîc perpendo, annum huic actioni præfixum, ut in pleriſque reſtitutionibus, utilem, non continuum eſſe: cum Martino vetere gloſſatore & Dd. *ad l. 6. h. t.* Et ita res omnis eſt in vado. Utilis enim ille annus, ad multum uſque tempus extendi poteſt. Indeque non impoſſibilè eſt, ut triennio, vel etiam 20. annis poſt alienationem completis, adhuc ſuperſit aliquid de utili anno. Utilem quippe accipimus annum ex diebus utilibus, quibus experiundi poteſtas fuerit, conſtantem. *l. 1. §. 1. ff. quando actio de peculio.* cum ſimilibus. Experiundi autem poteſtas eſt, ſi ſit agendi facultas, neque ſatis eſt, reum poteſtatem ſecum agendi facere, vel habere eum qui ſe idoneè defendat, ſed hoc amplius exigitur, ut actor nulla idonea cauſa, putà per abſentiam, captivitatem vel ſimilem, experiri impediatur.

Tit.

Tit. VIII.
DE RECEPTIS QUI ARBITRIUM, &c.

83. *Quis arbiter ſit: quis arbitrator, & quæ vis laudi?*

Arbitri veteribus JCtis, ut apparet ex *rubr. tit. n.* dicuntur recepti, ab eo, quod arbitrium recipiant, vel, ut Juſtinianus ait, quia ex recepto, *h. e.* ex compromiſſo ſuſcipiunt cauſas dirimendas. *l. 2. C. d. iudic.* Arbitrium autem & judicium, tribus potiſſimùm rebus eſſentialiter diſtare videntur. (1.) Quòd Arbitrium incipit à partium conſenſu, & dat notionem quandam, *l. diem. 27. §. ſtatu. 2. l. non diſtinguemus. 32. §. d. officio. 15. h. t. n.* * Berlich. *part. 1. concluſ. 4. numer. 15.* Baptiſt. à S. Blaſio, *d. differ. inter Arbitr. & Arbitrator. q. 1. n. 2.* ſive juriſdictionem Conventionalem, Carpz. *d. Proceſ. tit. 2. artic. 3. num. 36.* quamvis & hoc abuſivè dicatur. Scacc. *d. Judic. lib. 2. c. 2. num. 11.* ibi: *non videri rectè locutum, dùm ſentit: Hos Arbitros ex communi partium conſenſu electos habere iuriſdictionem conventionalem.* Add. *l. 3. C. d. iuriſd.* Dn. Lauterbach / *in tract. ſynopt. d. arbitr. compromiſſar. theſ. 30. num. 2. & ſeqq.* cum econtra Judicium reddatur in invitum. *l. inter. 83. §. ſi Stichum. 1. d. verbor. obligation.* † (2.) Judicium habet executionem publicâ auctoritate, quæ dat actionem judicati; & qui juriſdictionem habet, ſimul ei competit coërcendi poteſtas: Arbitrium verò exigit pœnam, *l. litigatores. 11. §. 2.* * *l. 13. princ. l. 23. princ. l. 27 §. 4. l. 28. l. 29.* † *h t. l. 1. Cod. eod.* * *Novell. 82 cap. 11.* † * Sive, quod intimat haud dubiè Autor: Sententia Arbitrorum compromiſſariorum, ex propria ipſorum auctoritate nullam vim habet. argum. *l. 3. Cod d. iuriſdict.* Dn. Carpzov. *J. F. p. 1. conſt. 1. definit 13.* & neque actionem judicati producit. *l. 1. Cod. l. 2. ff. h. t.* Saltemque propterea partes, quia arbitros hoſce ſponte elegerunt & iiſdem controverſiam ſuam cognoſcendam ac determinandam ſubmiſerunt, ſimulque, litis tollendæ causâ, illorum ſententiæ ſe ſtaturos promiſerunt, *l. 27. § 2. & ult. l. 37. h. t.* eidem regulariter acquieſcere tenentur. *dd. txx.* * Quòd verò compromiſſum & tunc ſubſiſtat, ubi ſtipulationi (per quam ut plurimùm fit compromiſſum) nulla addita eſt pœna, probat ſatis apertè, argum. *l. 27. §. ult. ff. h. tit.* Lanfranc. *d. arbitr. part. 1. num. 22.* F.

W. Landr. *p. 1. tit. 8. §.* im Fall aber. ibi: Darneben. vid. omninò meritiſſ. Dn. Præcept. Lauterbach *d. tractat theſ. 7.* Adde Dn. Mev. *p. 2. deciſ. 280.* † Ad (3.) diſcrimen Seneca alludit, cùm *libr. 3. de benefic. cap. 7.* ait: *Judicem formula includi, eamque illi certos, quos non excedat, terminos ponere: Arbitro liberam & nullis adſtrictam vinculis religionem eſſe.* Unde *in l. qualem. 19. h. t.* ex Labeone refert Paulus: *Non pertinet ad Prætorem, qualem ſententiam dicat arbiter, dummodò dicat, quod ipſi videtur.* * Inde item Ulpianus, *Tale*, reſpondit, *arbitrium non valere, in quo libera facultas ſententia arbitri non eſt futura, in l. item ſi. 17. §. 3. ff. eod.* ** Planè, quin arbitri quoque compromiſſarii, in ſua ſententia ſive laudo dicendo, ad LL. & jura Reipubl. reſpicere, & juxta illa arbitrari teneantur, nulla eſt dubitatio; argum. *princ. Inſtit. d. offic. iudic. iunct. l. 1. ff. h. t. l. 13 Cod. d. ſent. & interlocution.* Bachov. *ad p. 1. ff. h. t. cap. 4. num. 3* ibi: *Nam & arbiter procul dubio, iuxta LL. Reipubl. pronuntiare debet.* Blanc. *d. compromiſſ. q. 9. num. 18. pag. 791. verſ. ego crederem, quòd indiſtinctè teneatur arbiter ſequi & iudicare ſecundum iura: & adhærere huic opinioni ſaltem in quantũ facere poteſt; nam arbiter facit l. item ſuam & punitur, ſicut iudex.* Gilhauſ. *arb. iudic. cap. 1. p. 3. num. 12.* ita, ut, ſi ſententiam dixerint contra jus in theſi, v. c. uſuras ex uſuris eſſe permiſſas, illa ipſo jure ſit nulla & inanis. Blanc. *d. q. 9. num. 18 per l. 2. C. quand. provoc. non eſt neceſſ. l. 19. d. appellation l. 1. §. 2. ff. quæ ſent. ſine appell. reſc.* Sed cùm tamen in facto multa ſæpe obveniant, quæ jus variare & arti æquitatis locum facere poſſunt; proinde ipſis eatenùs permiſſum eſt, arbitrari, quod pro ratione circumſtantiarum ipſis æquum videtur, ſic, ut nullis limitibus, nulla formula Prætoris, ut olim poteſtas judicis pedanei, eorundem facultas in arbitrando circumſcribatur; junge Dn. Lauterbach *cit. loc. theſ 38.* † Sed inprimis hoc eſt notandum, arbitros alios eſſe juris; alios ex partium libero conſenſu electos. Etenim, ſi quandò privatæ, aut familiaris contentionis aliquid, in curſu litis eſt diſcutiendum, quod facilius vir experiens expedire poſſit, quàm id judicio dirimendum videatur; Magiſtratus ſæpe ex cognitione arbitros conſtituit ex re nata. *l. 12. ff. d. legat. 3.* Hocque in caſu, magis ut Prætori pareatur, quàm ex libero voto accipiuntur: & hinc ab ejuſmodi arbitro, non ſecus ac à delegato, appellari poteſt, ut docui *tr. d. app. cap. 3. §. 2.* Sic ſæpè occurrit in jure noſtro arbiter familiæ

miliæ herciſcundæ, qui & arbiter dividendæ hereditatis, arbiter diviſionis, &c. appellatur. Hotoman. *in §. ſic itaque diſcretis. Inſt. d. action.* Talis item eſt arbiter datus à judice ad determinandam viam, latitudinemque actûs, vel itineris ſtatuendam. *l. 13. §. ſi totus. & §. latitudo. d. ſervit. ruſtic. pr.* Item ſi inter vicinos de altitudine ædificiorum controverſia ſit. *l. 11. inf. d. ſerv. urban. pr.* & arbiter tùm maxumè dabatur, cùm non, niſi re litigioſâ oculis ſubjectâ, lis explicari poſſet. *l. item ſi 17. ff. h.* Ad fidejuſſores item probandos. *l. 9. qui ſatiſd. cogantur.* Talis arbiter etiam datur de alimentis patroni arbitraturus. *l. 5. §. ult. d. liber. agnoſcend.* nec non inter fructuarium & dominum de ædium refectione. *l. 7. §. quoniam. d. uſufr.* Prætereà ad executionem judicati arbiter datur. *l. 15 §. ſi ſuper, cum ſeqq. d. re iudic.* ut & ad reſtituendum fideicommiſſum. *l. ult. d. confeſſ.* & in caſibus aliis infinitis, paſſim occurrentibus in jure noſtro.

Arbitrum partium conſenſu electum, rurſus duplicem eſſe ajunt: Arbitrum compromiſſarium, & arbitratorem. Compromiſſarium ita definit Lanfranc. *tr. d. arbitr. part. 1. num. 1.* ut ſit is, qui partes Judicis ſuſcipit in cognoſcendo & pronunciando, ex poteſtate ſibi per partes conceſſa per *l. 13. §. 1. ff. d. arbitr.* Partes judicis compromiſſarium ſumere dico, quia arbitria hodie redacta ſunt ad inſtar judiciorum. In hocque differt arbiter ab arbitratore, qui procedit nullo juris ordine ſervato, cùm ſit quidam proxeneta, adhibitus ad partes componendas, ut ait Bart. *in l. fin. d. var. & extraord. cognit.* Olim quidem nulla fuit virtus & poteſtas ſententiæ arbitri (niſi præceſſerit ſtipulatio, vel ſimplex vel pœnalis) neque ulla ex ea dabatur actio, vel exceptio judicati. Hodie multa circa hanc rem, per conſtitutionem Juſtinianeam *in l. cùm antea. 5. C. h.* ſunt immutata. Et nempe: Si compromiſſum pœnali fuerit ſtipulatione munitum, ad pœnam agere poteſt victor contra eum, qui arbitri ſententiæ renuit ſtare. Indeque dicitur *in auth. decernit. Cod. d. t.* pœna præſtita à judicatis recedere licere. Verùm cautelam notabilem ſuggerit Mynſingerus. *cent. 3. obſerv. 14.* quâ efficere poſſimus, ne vim judicati quis effugere queat, etiam per pœnæ præſtationem. Si putà compromiſſo inſeratur, ut toties pœna commiſſa cenſeatur, quoties ſententiæ fuerit contradictum. Nunc porro ſi fuerint partes ſimpliciter (nullâ ſcil. adjectâ pœnâ) ſtipulatæ, ſe arbitri ſententiæ

 ſatis-

ſatisfacturas; pœna quidem nulla peti poteſt, ſed ejus loco ſuccedit intereſſe. *l. 27. §. f. h.* quanti ſcil. intereſt victoris, non ſatisfieri judicatis. At verò ſi nudo pacto, abſque ſtipulatione ſcil. vel ſimplici, vel pœnali initum ſit compromiſſum, olim ut dixi, ſententia nullam vim obtinebat: videri tamen poteſt Buſius. *ſubtil. ult. cap. ult.* Hodie per dictam conſtitutionem, non ſolùm homologatio, ſeu approbatio (utriuſque partis) expreſſa; ſed & decendii lapſus, tacitè roborat laudum, eique vim tribuit judicati, ex eaque competit actori actio in factum, & reo exceptio, ac ſententia executioni mandatur. Nihilominus in ſimplici hoc compromiſſo, ante decendium vel expreſſam ratificationem, nuda contradictio efficit, ut eludatur omnis vis laudi: ut docui *tr. d. appellat. cap. 3. §. 3.* & conſentit Bronchorſt. *1. ἐναντ. 63. à pr.* Ergo ſententiæ arbitri ſtari oportet, nec ab ea poteſt appellari, etiamſi enormem contineat iniquitatẽ, *l. diem proferre. 27. §. ſtari. cum ſimil. h. t. n.* late Dn. Joh. Melch. Cletzelius ab Altenach. *tr. de appellat. c. 4. num. 47. &c.* Et in hoc æquiparatur tranſactioni: poſt Alex. & Socin. Lanfr. *d part. 1. num. 6.* Nec audiendus eſt hic Bart. *in l. 2.* & ſequaces, qui appellationem admittunt. Quippè *l. 9. ff. qui ſatiſd. cog.* loquitur de arbitro juris. Si tamen evidens gratia, aut iniquitas arbitri apparuerit, petitioni pœnæ in conventionem compromiſſi deductæ, opponitur exceptio doli. *l. 3. C. h.* Ac propter eandem cauſam, ſi enormis læſio ſit, recepta eſt reductio ad arbitrium boni viri: ut eſt communiter receptum. Hancque compromiſſi notoriè iniqui reductionem, nulla verborum ſubtilitate præcaveri poſſe, refert Gail. *1. obſerv. 150. num. 9.* quod etiam extendunt ad juramentum. Clezelius. *d. c. numer. 51.* Nulla item cautela, nec etiam juramentô effici poſſe, quin detur recurſus contra laudum, ob enormiſſimam læſionem, decidit Joſ. Ludovic. *deciſ. Lucenſ. 27. & 48.* ut & Magon. *deciſ. 98.* Malè proindè Fachinæus. *controv. 94.* omnino reductionem denegat in compromiſſis. Quò ſenſu etiam Ant. Faber. *in Cod. libr. 2. t. 35. defin. 6. num. 4.* dicit, non peti poſſe reductionem ad arbitrium boni viri: cùm ex compromiſſo itum eſt ad arbitrum, tanquam judicem; ſed tùm demùm, cum itum eſt ad arbitrum tanquàm arbitratorem. Quamvis non negem à ſententia arbitratoris, facilius eam permitti. Ac pro hac noſtra ſententia pugnare videtur. *l. 32. §. cum quidam. 14. ff. h.* nec audiendus eſt Faber qui Tribonian-

niano

niano adſcribit, & proindè malleo quaſi contundit ac forcipe reſecat illa verba: *per hanc ergo exceptionem quadam appellandi ſpecies eſt, cum liceat retractare de ſententia arbitri, &c.* Malus enim eſt interpres, qui non rogatus ſibi ſumit jus Legislatoris. Cæterùm pendente recurſu à laudo, illud non eſt exequendum. Joſ. Ludovic. *deciſ. 27.* & Magon. *d. deciſ. 98.* Non item prius agi poteſt contra arbitros de dolo, quàm pro laudi reſciſſione agatur. Joſ. Ludov. *deciſ. 30.* Arbiter item & arbitrator, an recuſari ut ſuſpecti queant. vide Maſtrill. *deciſ. 91. vol. 1.*

Nunc pauca de Arbitratore. Arbitratoris quidem nomen apud idoneos Latinitatis auctores, non reperitur, & rectius ſequeſter pacis, aut arbiter honorarius dici poteſt. Qui nempe eligitur eo fine, ut totis animi viribus Controvertentium jus exploret, & æquâ definiat compoſitione. *l. 76. infr. pro ſoc.* ubi Gothofred. Arbitratorem hunc Coraſ. *miſc. 4. cap. 18.* ad contractus tantùm, & actus extrajudiciales adhiberi putat, quod & ferè juris veritate inſpecta, placet Treutlero. *diſp. 4. theſ. 5. lit. c. vol. 1.* ibique noviſſimè Dn. Reinhard. Bachovius notat: Commentatitium eſſe quod de arbitratore tradunt noſtri Dd. eumque nullo modo judicem eſſe, ſed tanquàm compoſitorem amicabilem intervenire: quod tamen communiter improbant Dd. pro iiſque propugnare videtur. *l. 13 §. recepiſſe. 2 h. t. n.* Hæcque ſpecies arbitrorum, non ita eſt comparata, ut ejus ſententiæ, ſive æqua, ſive iniqua ſit parere debeamus, ut circa compromiſſa fieri ſolet: ſed ad arbitrium boni viri redigi poteſt. *d. l. 76. ad fin.* Idque per judicem ordinarium, *l. 79.* ubi Dd. *d. t.* Theſſaur. *deciſ. Pedem. 14.* Qua de re plura dixi *in tr. d. appell.* & addi poteſt Camillus Borellus, qui eleganter de compromiſſis ſcripſit: ut & Baptiſta à S. Blaſio. *in tr. arbitr. d. compromiſſ.* Ubi de differentia inter arbitrum & arbitratorem, per quæſtiones centum latè agit. *Quando item compromiſſum exſpiret, morte unius arbitri, vel alterutrius compromittentis; vel factum à Prælato, nomine dignitatis valeat?* decidit Joſ. Ludovicus. *deciſ. 37.* *Plura de tota hac materia tractat, atque ut omnia, doctè exequitur celeberr. Dn. Lauterbach / *in d. Diſquiſition. d. arbitr. compromiſſar.* ubi vide omninò.†

24. An Vaſallus inſcio Domino, poſſit inire compromiſſum de re feudali?

DE hac Quæſtione, multiformes Doctorum ſententiæ exiſtunt. Quidam enim cenſent, vaſallum in arbitrum; non in arbitratorem compromittere poſſe. Etenim cùm arbiter teneatur ſervare jura, & ſic contra legum diſpoſitionem non poſſit feudo vaſallum privare; Aliud autem eſſe in arbitratore, cùm ejus arbitrio litem ſi committat, faciat actum, ex quo facilè alienatio ſequi poſſit. ** Alii diſtingunt, an in tali cauſa de re feudali Dominus feudi, vel pares curiæ an verò judex communis ſeu ordinarius judicare deberet; ut in duabus quidem prioribus ſpeciebus compromitti non poſſit; benè tamen in ultima: eò quòd nempe, in duabus prioribus, feudali juriſdictioni præjudicium fiat, quod docet Bocerus, *Cl. 6. D 37. theſ. 20.*† Alii putant, nullum valere compromiſſum de re feudali abſque Domini conſenſu, eò quod ipſe Vaſallus non ſit proprietarius, nec dominus abſolutus rei feudalis. Indeque in domini præjudicium non poſſe facere actum, per quem jus domini deterioris efficiatur conditionis, & per quem jus Domini in periculum conjiciatur; prout has opiniones, inter communes, contra communes, refert Hier. Cavallos, *tom. 3. quaſt. 782.* Quæ ſanè poſterior opinio, magis veritati conſona mihi videtur, & pro magis communi & vera eandem quoque venditat Schraderus, *part. 10. ſect. 1. num. 168.* * Roſenthal *d. feud. c. 9. concl. 22.* Jul. Clar. *§. feudum. qu. 38.* Menoch. *Conſ. 1. num. 267.* Dn. Brunnemann *ad l. non diſtinguemus. 32. §. 6. ff. d. Recept. num. 2.* cùm nempe Impp. Conradi, Lotharii, & Friderici conſtitutione. *d. proh. feud. alien.* omnis via & machinatio, ex qua feudum alienari poſſit, prohibita inveniatur: & certum ſit, quòd illi, cui alienatio eſt interdicta, nec liceat arbitrum eligere. *c. pervenit.* ubi Gl. Panorm. & CC. *Ex. h. t.* Ad textus contrarios, nempe *c. unic. 2. feudor. 15. cap. 1. §. ſi autem. 2. feud. 34.* & ſimiles, arbitrorum electionem liberam permittentes, reſponderi poteſt, de jure veteri illos procedere; ſed conſtitutionibus Lotharii & Friderici, quibus omnis alienatio eſt interdicta, correctos eſſe, vel ita intelligi ſi hujuſmodi compromiſſa domini voluntate & permiſſu fiant: quô intuitu Feudiſtæ inter Judices feudales, etiam arbitros plerumque recenſent. Roſenth. *c. 9. concl. 22. ad*

22. adfin. Schrader, *part. 10. ſect. 1. n. 168.* Nec obſtat item, quòd vaſallus, Domino non requiſito, ſi tertius quidam rem feudalem vindicare velit, eam defendere, & victus reſtituere poteſt, arg. *trad.* à Fachin. *7. controv. cap. 103.* Vultei. *2. d. feud. c. ult. num. 3.* Ex quo colligi poſſe videtur, hoc idem de arbitro dicendum eſſe, cùm jam arbitria ad inſtar judiciorum ſint redacta. * *l. 1. h. t. l. 14. Cod. d. iudic.* † At Reſpond. alienationem illam neceſſariam neque ex voluntate vaſalli pendere, minuſq; præjudicialem eſſe, quàm ſi ordinario judice ſpreto, in arbitrum, fortè minus idoneum, fuerit compromiſſum; cùm etiam iniquæ arbitri ſententiæ ſit ſtandum: à Judicis verò pronuntiato appellari poſſit. Verùm æquiſſimum eſt, quod Roſenthal: *d. l.* notat, feudum non amittere Vaſallum, etiamſi in arbitrum compromittat; niſi ejus traditio & vera alienatio exindè fuerit ſubſequuta: Manet enim in terminis nudi conatûs, ſi traditio omittatur, & forſan ſub ſpe abſolutionis compromiſit, non eo animo, ut feudum alienare velit. ** Denique generaliter, Vaſallum in Arbitros, de re feudali, etiam irrequiſitô domini conſenſu, compromittere poſſe, docet Dn. Struvius, *exercitat. feudal. ult. theſ. 12* Bachov. *ad Treutler. volum. 1. D. 12. theſ. 6. lit. a. verſ. Vaſalli.* Ludvvel. *d. feud. cap. 15. pag. 388.* ibi: *Tùm quòd compromiſſum alienationis ſpecies propriè non ſit, cùm fieri poſſit, ut arbiter pro Vaſallo, non contra ipſum pronunciet. dummodò id ſincerè fiat & bona fide. per. d. cap. un.* ibi: *vel apud agnati iudicem, vel arbitrum utriuſque conſenſu electum. &c. 2. feudor. 3. 15. cap. un. princip.* ibi: *coram iudice vel arbitro. 2. feud. 34 cap. unic.* ibi: *coram iudice vel arbitro finiatur. 2. feud. 46.* nec non argum. *cap. unic. §. ſi Vaſallus de beneficio.* ibi: *agat vel conveniatur.* & ibi: *nam & tranſigere rectè poterit. 2. feud. 26. & 43.* quod & magis arridet Celeberr. Dn. Lauterbach / *d. Arbitr. theſ. 14.* Argumentum, quod Autor & ejuſdem ſequaces, à prohibita feudi alienatione, ad prohibitionem compromiſſi circa feudum deducunt, non aliter, quàm ubi res clara & aperta, ſive ubi de jure circa feudum conſtat, obtinere dicendum; *per d. cap. ſi controverſia. unic.* ibi: *dummodò fraudulenter actum non ſit. 2. feudor. 43.* conferant. quæ in ſimili quæſtione: *An nempe abſque domini conſenſu Vaſallus de feudo tranſigere poſſit?* tradit Dn. Struven, *Exerc. feudal. 12 theſ. 8.* ** Neque eſt, ut hæc ipſa Arbitrorum electio in præjudicium domini vergat, vel ſaltim juriſdictioni ex

jure

jure feudali domino competenti ita præjudicetur. Nam ſi hæc ratio attendi deberet, nunquàm ſanè ſubditi compromittere poſſent. Unde iterum Struvius, etiam jure civili, inquit, Magiſtratus ordinarius erat conſtitutus; & nihilominùs arbiter admittitur. Neque arbitro propriè juriſdictio competit; ſed ſolùm libero partium conſenſu is adhibetur ut ſuo arbitrio litem dirimat. *l. 14. Cod. d. Judic. &c. cit. theſ. 12.* Ex quibus ſimul patet, etiam ſupra relatam diſtinctionem Dn. Boceri vix poſſe ſubſiſtere.

TIT. IX.
NAUTÆ, CAUPONES, STABULARII, UT RECEPTA RESTITUANT.

25. *Nauta vectorum, caupo viatorum præſtat factum.*

NAutas, caupones, ſtabularios, eos accipimus, qui navem, cauponam vel ſtabulum exercent, & ad quos reditus præcipui pervenire ſolent. Hi quamvis pro cuſtodia haut accipiant mercedem; ſed nauta ut trajiciat vectores, caupo ut viatores in caupona manere patiatur, ſtabularius ut permittat jumenta apud eum ſtabulari: quia tamen neceſſe eſt, eorum ſequi fidem, & in ipſorum arbitrio cùm ſit, ne quem recipiant, & quò minùs cum furibus adverſus eos quos recipiunt, coeant, cuſtodiæ nomine tenentur. Nam & fullo atque Sarcinator, non pro cuſtodia, ſed pro opera accipit mercedem, nihilominùs cuſtodiæ nomine tenetur ex locato. *l. 1. l. nauta. h.* At hoc edicto noſtro, omnimodò qui recipit tenetur, etiamſi ſine culpa ejus res periit, vel damnum ſit datum: Niſi ſi quid contigit damno fatali. Receptæque res videntur, non ſolùm quæ cuſtodiæ cauſa ſunt aſſignatæ, ſed & quæ ſunt immiſſæ. arg. *l. 1. §. recept. fin. l. & ita. h. t.* Verùm bifariam hic agi poteſt (1) Ex poſteriori parte edicti, contra nautas, caupones ſtabularios, ſi furtum fiat, aut damnum injuria detur, ab iis quorum opera & miniſterio in navi, caupona aut ſtabulo utuntur, ſive furtum ope & conſilio exercitoris ſit factum, ſive eorum, quorum miniſterio utitur: hoc inquam in caſu vectoribus actio competit in duplum. Quia debet exercitor omnium nautarum ſuorum, ſive liberi ſint, ſive ſervi, ſive eorum, quorum miniſterio utitur, factum præſtare, eoſque ſuo periculo adhibet.

hibet. Haerſolte. *d. action. act. 27. num. 9.* Altera, & ex prima hujus edicti parte reſultante actione, convenire poteſt qui res ſuas vel alienas quaſcunque noſtra interſit ſalvas eſſe, intulit; nautas, caupones, ſtabularios, ut recepta reſtituant. Indeque dicit Ulpianus. *l. 1. ad f. hic.* Factum non ſolum nautarum præſtare, ſed & vectorum. Sicut & Gajus *in l. 2.* hoc idem dicit de facto viatorum. Huic graviter obſtare dicunt, quod ait Paul. JC. *in l. licet. 6. §. in factum. 3. h. t. eod. In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi cauſa ſunt in caupona, hocque non pertinere ad eum, qui recipitur hoſpitio repentino, veluti viator.* At verò lex hæc procedit cum agitur ex duplo, propter furtum, ut arguit §. *mox ſequens:* quæ actiones differunt omninò, cùm hæc ſit ex delicto, illa ex quaſi maleficio, Buſius. *in com. ad ff. h.* qui tamen idem *ſubtil. 4. c. 2.* aliter reſpondet. Sic actio de recepto, perſequutionem continet. Et ideò heredi & in heredem perpetuò datur, *l. 3. §. hac autem. 4. h.* Altera cùm pœnalis ſit, hæredi quidem, non tamen adverſus heredem; niſi quatenus locupletior fuerit factus, datur. Verùm perpetua eſt, quatenus continet rei perſequutionem. Haerſolte. *d. l. ad fin.* hácque ratione. *l. 3. §. pen. & l. ult. §. hac iudicia. h. t.* quam graviſſimam eſſe antinomiam, & circa quam bonum Accurſium caligare ait, promptiſſimè conciliat Gilbert. Regius. *2. ἐναντ. 7. An autem & quatenus caupones teneantur, pro rebus in cauponis; hoſpitibus, ſeu viatoribus furtò ablatis,* diſcutit Peguera. *deciſ. 45.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro V. Pandectarum.

TIT. I.
DE JUDICIIS.

1. *An Chriſtiano litigare liceat?*

NOn mihi diſplicet Romano-Catholicorum inſtitutum, qui ſingularem quaſi conſtituunt diſciplinam, de caſibus conſcientiæ diſquirentem: communiter ſummas caſuum, ſeu, de juſtitia & jure, item Inſtructiones confeſſionariorum indigitant ejuſmodi tractatus. Hæc nempe diſciplina particula-

tim inveſtigat, quatenus illæſâ conſcientiâ, profeſſioneque Chriſtianâ ſalvâ, rebus externis, quas vulgò civiles ſeu politicas vocamus, uti poſſimus. Profeſſio ea Juriſprudentia eſt, cum Theologia mixta, ſeu Theologia Juriſprudentiæ accommodata. Inſtitutum hoc etiam Calviniani, quos vocant, æmulantur, & de caſibus conſcientiæ, ex profeſſo Guil. Perkinſus, Clariſſ. Angliæ Th. tractat, inter noſtrates unus Dn. Felix Bidembachius *Conſilia Theologica.* collegit, ſimilis ferè argumenti quæ exiſtunt.

Lubet hîc ex eadem diſciplina depromere quæſtionem, & titulo præſenti, qui de judiciis eſt, præmittere. *An nempe homini Chriſtiano, tam proprio, quàm alieno nomine liceat tractare lites?* Quod affirmant Wigandus *tract. contra Anabaptiſtas. f. 183.* Chemnit. *locor. com. tom. 2. loco. de vindicta. quæſt. 2. f. m. 332.* Robert. Bellarmin. *1. controv. 5. lib. 13. cap. 9.* Dn. D. Harpprecht. *diſput. ad proceſſ. iudiciar. à princ.* Sanè nec Anabaptiſtæ ſolùm, hîc nobis movent litem, ſed & inter Patres fuerunt nonnulli, qui nobis adverſantur, & nominatim D. Auguſtinus ſcribit *c. 78. Enchiridii. Ne quiſquam hoc ita excuſaret, ut diceret, iuſtum ſe habere negotium, ſed iniquitatem ſe pati, quam vellet à ſe Judicum ſententiâ removeri; continuò talibus cogitationibus, vel excuſationibus occurrit D. Paul. & dicit. Quare non magis iniquitatem patimini, &c. ut ad illud redeatur quod Dominus ait, Matth. cap. 5. Luc. c. 6. Si quis voluerit iudicio tecum contendere, quia abſtulerit tua, noli repetere. Prohibuit itaque ſuos de ſecularibus rebus, cum aliis hominibus iudicium habere. Ex quâ doctrina Apoſtolus ait, 1. Corinth. 6. Omninò delictum eſſe, &c. Tamen cum ſinit in Eccleſia talia ſiniri iudicia inter fratres, fratribus iudicantibus; extra Eccleſiam verò terribiliter vetat: manifeſtum eſt, quid ſecundum veniam concedatur infirmis.* Hactenus S. Auguſtinus. Et citat Gratianus, *cauſ. 14. q. 1.* canonem, ex Concilio quodam Chartaginenſi: *Epiſcopus nec provocatus, pro rebus tranſitoriis litiget.* Sed actionibus forenſibus uti licere, modo id fiat ſine odio & cupiditate nocendi, vel exinde patet; quod Deus conſtituit Magiſtratus & Leges. *Rom. 13.* Ergo iis uti licet. Hincque ibidem dicitur. *verſ. 4. Dei miniſter eſt tuo bono, non ſolùm ut peccantes puniat, ſed & ut innocentes defendat.* Natura etiam ratioque naturalis, & lumen divinæ legis mentibus noſtris impreſſum, dictitat, hanc opinionem noſtram veram eſſe. Nam ſi judicia non eſſent, & paſſim impiis in bonos graſſari permitteretur, vita &

ordo

Digitized by Google

ordo civilis corrueret citò, quam tamen vitam Deo placere, ipſe liber naturæ docet, cum hominem indicat animal civile, & ad ſocietatem natum eſſe.

Dicta ex S.S. Scriptura, quæ in contrarium adferuntur, de litigandi prurigine, animoque vindictæ cupido, ſumo: cùm nempe malus affectus veneno inficit negotium hocce, per ſe permiſſum. Sicque cùm Salvator noſter dicit; *Matth. 5. v. 40. Et qui velit tecum contendere, ac tunicam tuam capere, dimitte etiam pallium, &c.* non id ſecundùm literam percipiendum, ac ſi hoc verè facere debeamus. Pariter ut illud, quod eodem *cap. v. 29. & 30.* dicitur, de oculo eruendo, manuve abſcindenda, nemo niſi inſanus ita interpretatur, ac ſi quis oculum, ſcandalo nos afficientem eruere deberet. Quippe etiam cœcus, libidine peruri poteſt. Animus enim eſt officina affectionum depravatarum. Ergo quemadmodum oculum animi eruere debemus, id eſt, libidinis affectum eradicare; ita & pallium non à tergo, ſed ex animo projicere jubemnr. h. e. lubenter dimittere hæc mundana, non angi propter earum amiſſionem. Interim tamen cum debeamus nobis, & qui noſtræ curæ ſunt commiſſa, victum amictumque procurare, poſſumus permiſſu honeſtarum legum recuperare & tuerires noſtras; ita tamen ut illa defenſio animum non intret: ſed cum D. Paulo *mundo hoc utamur non eo abutentes, emamus ut non obtinentes, &c. 1. Cor. 7. v. 29.* Convenit cum noſtra explicatione D. Auguſtinus, cùm perpetuò reſpondet, præcepta illa *in c. 5. & 6. Matth.* obvia, magis pertinere ad præparationem cordis, quàm ad opus, quod fit in aperto: nempe ut animus quando utitur ordine legitimorum judiciorum, ad ſua vel defendenda, vel repetenda, ita placidè compoſitus ſit, ut retineat benevolentiam, patientiam & charitatem, paratuſque ſit majores (ſi ita Dei fuerit voluntas) injurias potiùs ferre, quàm vel cupiditate nocendi, vel impatientia contra Deum & proximi charitatem aliquid perpetrare, Quod attinet dictum D. Pauli. *1. Cor. 6. v. 6.* ubi ait: *frater cum fratre judicio experitur, idq́ſub infidelibus. Jam igitur omninò defectus eſt in vobis, quod judicia habeatis.* Ibi ſanè reſpicit ſtatum Eccleſiæ Corinthiorum, qualis tunc erat. Nec ibi generale Chriſtianis omnibus præceptum tradit; ut totus indicat contextus. Ac quia ut D. Auguſtin. ait: Quæ in novo Teſtamento ſunt facta, valent ad exempla intelligendarum ſcripturarum, quæ in præ-

ceptis ſunt digeſta. Nullam melius poterimus proferre Evangelicorum præceptorum interpretationem, quàm ipſius Chriſti noſtri Salvatoris vitam & exemplum. At is coram Caipha, qui juxta legem erat judex, cùm miniſter præter juris ordinem ipſi alapam dediſſet, ad legitimi Judicii ordinem provocavit, ut innocentiam ſuam teneatur. *Joh. 18. v. 23. Si male loquutus ſum, teſtificare de malo. Si autem benè, quid me cædis?* Hocque non pugnavit cum patientia illa, quæ in eo depredicatur *Eſaia. 53. v. 17. 1. Petr. 2. v. 22.* Paratus namque interim erat, totum corpus percutientibus dare. Eſaiæ. *50. v. 6.* D. Pauli item exemplum, luculentiſſimam præbet hujus quæſtionis declarationem. Etenim is cum Judæis, in judicio contendere non detrectavit. *Actor. 25. v. 8.* &c. Sic *Actor. 13. v. 17.* imploravit auxilium publicæ poteſtatis, ut vitam ſuam tueretur. *Act. 23. v. 3.* ſe contra legem percuti dicit. Ac *Actor. 25. v. 10.* uſus eſt privilegio civium Romanorum, & ad Cæſarem provocavit. Plura exempla habet Zepper. *tract. d. legib. Moſaic. 5. cap. 13.* Sed interim abuſus eſt vitandus. Et verecundam illius cogitationem eſſe ait JC. qui lites execratur. *l. 4. §. 1. ſupra. d. alien. indic. mut. cauſ.* Et dolendum eſt, hoc ſeculum noſtrum (quod ex traditione domus Eliæ inane vocat Zvvinger. *in præf. lib. 1. theatr. hum. vol. 27.*) nihil aliud eſſe, quàm inane hiſtoricum, inane politicum, inane juridicum, inanem juſtitiam, cujus inopia eſt litium copia. Non præter rem præclariſſimus JC. Oldendorp. *in præf. diſputat. d. iuſtit. & æquitate.* ferreos atque fictiles ultimi ſeculi pedes, apud Daniel. *cap. 2. verſ. 33.* de neglectu juris & æquitatis interpretatur. Quod & Cicero animadvertit, ſcil. gliſcentem ſuo ſeculo jam tum legum calumnioſam obſervationem, omen eſſe futuræ diminutionis & converſionis. Ac certè ſi quis confuſam juſtitiæ adminiſtrationem, litigandi procedendique ordinem & inanitatem, docendi & diſcendi leges perverſitatem: dùm magnam partem diſcimus quæ nec DEO, nec hominibus ſunt profutura, nec animum noſtrum meliorem vel prudentiorem reddere queunt. Hæc inquàm, ſi conſideremus, videbimus perquàm apertè, Imperium noſtrum, quod legibus & juſtitia ſtare debuiſſet, typum eſſe confuſiſſimæ Babylonis, & luteos malèque compactos pedes habere, eique ruinam (ut ſapienter Oldendorpius conjecit) minitare: ipſam hanc litigandi malignitatem, & confuſam juſtitiæ adminiſtrationem, quæ ulterius

rius progredi vel durare non poteſt, indicium eſſe mox imminentis interitus atque ruinæ, cùm nempe ſummum Juſtitiæ Tribunal, jam non innocentum, ſed calumniatorum factum ſit aſylum: quod & de Rotâ Romana A. Maſſa Galeſius. *tr. ad formul. Cameral. f. m. 348.* conqueritur. Et teſtatur Heig. *p. 2. q. 7. num. 1.* peſtem illam vitilitigatorum, nobiliſſimas quaſque provincias jam dudum occupâſſe. Nec tamen ulla orbis Chriſtiani provincia eſt, quæ magis quàm Germania, hoc morbo politico laboret. Contemnitur Aula Imperatoris: in Camera ſunt lites diuturnæ, propter Reviſiones ſuſpenſas etiam immortales. Conqueritur Magnus Pegelius, *in Theſaur. rer. p 30.* Jus quod Germanis rectum ſonat, minimè rectum vel breve, ſed ubique & per omnia curvum, perplexum, & labyrinthis involutum eſſe, quod ut Deo diſpliceat, abundè docet Zepper. *d. libr. 5. c. 11.* Nos cum Bernhard. Morlanenſi; in vetuſtiſſimo poëmate de contemptu mundi concludamus:

Hora noviſſima, tempora peſſima ſunt vigilemus.

2. *Juſtam cauſam fovens, non debet adverſarium ſuum decipere.*

Et hæc quæſtio ſpectat ad Conſcientiæ quos vocant caſus. Sanè Mynſingerus. *3. obſ. 6.* confidenter notat: Advocatum foventem juſtam cauſam, etiam cum malitia convincere adverſarium ſuum, & circumventionibus procurare poſſe ut ſuccumbat. Ejuſque rei argumentum, vel potius exemplum tale refert: *Mutuo mihi Titius dedit centum florenos. Hos quidem Titio reddidi: ſed is id malitioſè negat. Titius credita actione pecunia. per l. pen. in f. infr. d. Inſtit. actione. l. 12. §. 1. infr. de diſtract. pignor. me convenit. Nunc ego ſi fatear Titium mihi mutuo dediſſe nummos petitos, fundatam habet Titius intentionem, & ſolutionis probatio incumbit mihi: quippe ſolutionem qui allegat, eam probare debet. l. quinquaginta. ff. ſolut.* Maſcard. *concl. 1325.* Hîc certè Mynſingerus auctoritate multorum, quos allegat, reſpondendum eſſe cenſet: poſſe me etiam juramento affirmare, me nihil à Titio habuiſſe. Quippe cùm Titius malitioſè & contra conſcientiam neget ſolutionem, videtur ſanè dicendum, licitum eſſe reſpondere, me creditos nummos non accepiſſe: ne ſi dicam me quidem accepiſſe ſed ſolviſſe, confeſſio mea dividatur, & Titii malitia foveatur. Ejuſmodi

cautelæ aliæ ſimiles, paſſim in Doctorum noſtrorum commentis occurrunt, & à Cæpolla aliiſque, collectæ reperiuntur. Quæ nihil aliud ſunt quàm ſtratagemata judicialia, quæque non minus ac illa bellica, illæſâ conſcientiâ uſurpari poſſe putantur: cùm illa publica ſtratagemata conceſſa ſint, *c. Dominus. 23. q. 2.* ſi finis & intentio ſit bona, ſeu cauſa juſta. Nàm à fine dijudicantur actiones, iſque maleficia diſtinguit. Bald. *in l. cum mulier. 47. num. 7. ff. ſol. matr.* & finis identidem manifeſtat ea quæ fiunt ad finem. Bald. *in l. unic. num 44. Cod. d. confeſſ.* Sed tamen contraria opinio, regulariter magis mihi tuta videtur, de qua etiam Dd. Covarruv. *1. var. 2.* Decian. *2. tr. crim. 14. num. 27.* Magonius. *in Cynoſur. Advocator. part. 2. cap. 4. f. 152.* per textum expreſſum, *in c. ne quis. & ſeq. 22. q. 2.* ubi dicitur, nec ad mortem evitandam licitum eſſe, uti mendacio vel falſitate. Interim tamen alterius dolum & fraudem, callidis technis eludere licet. *l. cum pater. 77. §. Titio. 31. d. legat. 2.* & malitiis hominum eſt obviandum. *l. cum hi. 8. §. ſi cum. 20. ſupra d. tranſact.* modò id fiat abſque mendacio, perjurio vel falſo, nam & in his caſibus Stratagemata illicita cenſentur. Hinc ajunt, quod licet reus pluribus defenſionibus uti poſſit, ad excludendam actoris intentionem. *c. nullus. 20. d. R. I. in 6.* Nam quamvis ex uno titulo acquiſitum, ex alio acquiri non poſſit: *l. 3. §. ex plurib. 4. d. acquir. poſſeſſ.* tamen hoc conceſſum eſt reo, ut actoris intentionem pluribus modis etiam in ſpeciem contrariis infringere queat: nec in eo agit doloſè, cùm neſcire poſſit, ex utra cauſa teneat rem, & plures tituli in una re contingere potuerunt, ideoque cautus magis, quùm mendax eſt dicendus, qui plures obſtruit adverſario vias, & dicit quod fieri poteſt. Nec in hoc ſequi poſſum Dynum, *ad d. c. nullus. d. R. I. in 6.* & ſequaces, qui dicunt, cui & Covar. *d. c. n. 2.* adſtipulatur, reum exceptionibus directè contrariis, uti non poſſe. Nam hoc pugnat cum expreſſa. *l. nemo. 8. d. except.* nec eſt contra pietatem Chriſtianam: non enim directè contrarias opponens exceptiones, ideò eſt mendax, cùm non opponat ut ſimul veras, ſed ut alternativè iis uti velit. Sic ſupra in propoſito caſu, ubi ego convenior mutui actione, propter debitum quod ſolvi, debitum negare poſſum: nego enim totam actoris intentionem, nec equidem mentior, cum me non debere dico quod ſolutum fuit. Licet ubi diſtinctè ad poſitiones actoris interrogaretur, diſtinctè etiam reſponden-

dum

Digitized by Google

dum eſſe putem: Cùm juramentis, non ut pueri aſtragalis uti debeamus, & potiùs incurrere damnum, quam conſcientiam vel leviter ſauciare. Hinc & injuſtè captus atque in carceribus detentus, cuſtodes & commentarienſes fallere poteſt, ut condemnationem iniquam effugere queat. Interim tamen magis communiter approbatur, teſte Covarr. *d. c. num. 8. v. cæterum.* dimiſſum ſub juramento vel fide præſtita de redeundo, teneri redire, quamvis ipſi mortis injuſtæ periculum videat inſtare. Quæ omnia ex eo procedunt fundamento, quod dixi, cautum providumque licere eſſe, ſed non perfidum aut fidei datæ negligentem. Idque & Chriſtus innuit, cùm dicit: *Eſtote ſimplices ſicut columbæ, & prudentes ut ſerpentes.* Simplex debet eſſe prudentia noſtra provida ſeu prudens. Sed hâc de re etiam ſupra, ubi de procuratoribus, egi. *Num* item *Judex ſecundùm fidem eorum quæ comprobantur, an verò ſecundùm conſcientiam debeat judicare?* vid. Lyclamam. *2. c. 2.* Magon. *deciſ. 39.*

2. *Quid olim, quid hodie judicia ordinaria vel extraordinaria?*

VUlgata eſt diviſio judiciorum, in ordinarium & extraordinarium: ſed hæc res, non uniformiter olim dijudicabatur; & planè hodie alia cenſetur ab eo ac fuit, vel ante, vel tempore Imperatoris noſtri Juſtiniani, ut benè docent Ant. Faber. *4. conject. c. 7.* Vultei. *Inſtit. d. Action. num. 35.* Regulariter olim Prætores, præſides, cæterique Romanorum magiſtratus, non cognoſcebant, ſed judices plerunque dabant, qui de facto cognoſcerent, ſententiamque ferrent. *l. 12. l. 58. & paſſim h. t. l. 15. infra d. re judic.* Lyclama. *ult. membranar. c. 35.* Timæus Faber. *adnotation. 1. cap. 23.* & dixi etiam ego *ſupra.* ubi de juriſdictione egi. Et ſolebant antiquitus, certum ſervare judicum album: Agell. *14. noct. 2.* ex quo judices, partibus ferè conſentientibus dabantur ad cauſarum cognitiones. *l. ex conſenſu. 23. d. appell.* nam ſi quis Judex eſſet, in quem partes non conſentirent, rectè is recuſabatur. *l. 47. h. t.* latè Buſius. *ad l. 1. ſupra. d. iuriſd. & ad l. 12. h. t.* Tileman. *diſput. ff. 12. theſ. 26. &c.* Hinc ordinaria judicia ea olim dicta fuerunt, quæ (ut plerunque fiebat) apud Judices datos, non apud Magiſtratus exercebantur: Extraordinaria verò (ejuſmodi erant perpauca) illa nominabantur, quæ utpotè majori privilegio, favoreque digna,

digna, ipſi Magiſtratus exercebant. Ant. Faber & Buſius. *dd. locis.* Hilliger. ad Donellum. *17. cap. 22.* G. Sicque ordinaria erant judicia, cum ordine priùs ad Magiſtratum in jus adibatur, ac formula ab eo, conceptioque actionis poſtulabatur, deinde apud judicem diſceptabatur. Viciſſim in extraordinariis judiciis, Magiſtratus ſe intromittebant, nec judices recuperatoreſve dabant. Eo intuitu Ulpianus in *l. 178. §. 2. d. V. S.* actionis nomine, & formulas intelligi ſcribit, quæ in ordinariis judiciis in uſu erant: Perſequutionis autem verbo extraordinarias perſecutiones, ut putà in cauſis ſtatûs, minorum reſtitutionis, fideicommiſſorum & ſimilium aliarum. Quæ Prætoriæ notitiones vocabantur, & enumerantur à Donell. *17. com. c. 22.* Ibique videatur Hilliger. Sicque extraordinarium olim erat judicium, quod ab ordinario magiſtratu expediebatur. Nam ordinarius judex eſt, qui jurisdictionem jure ſuo, non alieno beneficio habet. Ordinarium judicium erat, quod apud judicem datum, ſeu Pedaneum peragebatur. Et ſanè fuit olim hæc differentia magni momenti: Quippe in ordinariis cùm judices darentur, certæ quoque formulæ à Magiſtratibus præſcribebantur, ſecundùm quas ſententiam ferrent, ab iiſque ne latum quidem unguem recedere audebant. In extraordinariis, nullæ tales formulæ erant, nec etenim Magiſtratibus leges imponebant, quò minùs ex arbitrio ſuo jus dicerent. Hinc illa nata vulgatiſſima differentia, judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris: nempe ob diverſam formularum, quæ judicibus præſcribebantur, conceptionem, quæ in bonæ fidei negotiis pleniorem judici largiebantur poteſtatem. Sic in formularum interpretatione, multum intererat an directâ, vel potiùs utili actione actor experiri vellet. Neque enim de utili actione cognoſcere poterat judex, cui Prætor duntaxat judicandi poteſtatem fecerat de directâ. Quâ ratione Paulus in *l. 47. ſupra. d. negot. geſtor.* dicit: in extraordinariis judicis, ubi conceptio formularum non obſervatur, ſupervacaneum eſſe ſubtilitatem, de directa vel utili actione. Verùm poſterioribus Imperatoribus, non præter rationem placuit, tollendas eſſe has ſcrupuloſas inſidioſaſque formularum conceptiones, *t. t. C. d. formul. & impetr. action. ſublat.* quæ uti ibid. docet Gothofred. in omnibus ferè rebus uſurpabantur. Neque permittebatur Magiſtratibus Judices dare, niſi vel propter cauſarum multitudinem, vel aliud juſtum impedi-

mentum

mentum ipſi cognoſcere non poſſent. *l. 2. Cod. d. pedan. Judic.* Ac proinde omnia judicia, tempore Juſtiniani, extraordinaria fuerunt. *§. ult. Inſt. d. interdict.* h. e. eodem prorſus modo, quo quæ olim extraordinaria dicta, tractabantur. At quamvis ut dixi, per Dioclet. Imp. *in d. l. 2. C. d. pedan. Judic.* ordinarium factum, quod extraordinarium anteà erat, ſicque hæc differentia judiciorum in effectu ſublata fuerit prorſus: nihilominùs tamen in reſponſis Jureconſultorum, infinita adhuc juris illius veteris veſtigia ſuperſunt, quæ, ſi hæc juris veteris ratio ignoretur, intelligi planè non queunt.

Sed nunc magis operæ pretium eſſe puto, quid hodie in uſu, foríque praxi obſervetur, adnotare.

Hodie aliud judicium ordinarium, aliud ſummarium indigitatur: ut adnotat Rob. Maranta *in ſpecul. aureo. advocator. part. 4. diſt. 9.* Judicium ordinarium indigitatur illud, quod ordinariè pertractatur, juris poſitivi ordine ſervato. Judicium ſummarium, ſeu Extraordinarium, illud appellare ſolent, in quo proceditur de plano, ſine ſtrepitu & figura judicii, ſeu levatô, ut loquntur, velô, nec ut in ordinario, ſolennis procedendi, judicandive ordo obſervatur. *clem, ſæpe,* ibique *C. C. d. V. ſignif.* Tilemann, *diſput. ff. 12. theſ. 31. vol. 1.* Sic ſæpe commiſſiones à Principe emanare ſolent, ut ſummariè procedatur, ſola facti veritate inſpectâ: id quod fieri non poſſe dicunt, niſi per ſolum Principem recognoſcentem ſuperiorem, vel quæ Principi æquiparatur Rempublicam nulli ſubjectam. ut notat Gloſſ. *in d. cl. ſæpe. in pr. ad verb. mandamus.* hoc namque juribus Majeſtatis adnumeratur: ut dixi, *in tractat. de Maieſtat.* Unde Principi inferiori hæc non conceditur poteſtas: ut etiam nec ei, qui ad ordinarium proceſſum ſervandum legibus regni fundamentalibus ut multis in locis fieri ſolet (cui fundamento innituntur famoſæ illæ diſceptationes, quæ ſunt inter Imperatorem, & ex ſtatibus Imperii Roman. nonnullos) eſt adſtrictus. Ego *tr. d. appell. c. 2. §. 18. f. 67.* Et tunc omitti poſſunt ſolemnitates juris civilis. adeò ut cauſa decidi queat ex mero gentium jure: & judices litem finire poſſunt Regiâ manu, prout olim ante leges inventas. Marant. *d. l. numer. 8.*

Ex quo porro ritè deducunt Interpretes juris; quod ſive ipſe Principes, ſive ejus delegati ſummariè examinent cauſas, ni-

hilominùs tamen neceſſe habeant, ea judicii requiſita obſervare, quæ ex jure naturali, vel gentium deſcendunt. Sicque etiam in judicio ſumario utcunque, Citatio omitti non poteſt. arg. *Clem. paſtoralis. d. re iudicat*. Probationes neceſſariæ itidem omitti nequeunt: arg. *c. novit. Ext. d iudic.* quia ex jure divino ac naturali requiruntur, nec iis omiſſis judicium juſtum eſſe poteſt. Illa autem legibus ſoluta poteſtas, non ideò Principi, vel cuicunque Majeſtatem habenti eſt conceſſa, ut eâ mediante cuicunque injuria inferatur; ſed potiùs, ut juſtitia remotis repagulis ſubtilioris rixoſique juris, promptiùs exerceatur: ut dixi *in tr. d. Maieſtat.* Econtra hîc non opus eſt ſolenni libello, ſed petitio qualis qualis, quæ contineat ſolam facti narrationem claram, ſufficit. Lanfr. *add, Clem. ſape in verſ. libellus*. Litis etiam hîc conteſtatio omitti poteſt, & ille actus, qui immediatè ſubſequi ſolet implorationem, habet vim litis conteſtationis, & proinde præcludit dilatorias exceptiones, aliosque actus, qui non poſſunt fieri poſt litis conteſtationem. Ludovic. Romanus. *conſ. 124* Panorm. *in c. inſinuante. in f d. offic. deleg* Dilationes itidem hîc dantur breviores, & eæ amputandæ ſunt in quantùm fieri poteſt. Calumniæ ceſſat juramentum; & ſi quæ ſunt ſingularia ſummarii proceſſus, ab interpretibus *d. clem. ſæpe.* enumerata, & à Lancellott. *part. 1. d. off. Prætor. t. d. clauſula ſummariè &c. num. 1. & ſeq.* Sic dicunt, ſi ex perſonali citatione delinquentis, & communi judicii forma, gravia ſcandala ſequi poſſent, & perturbationes timerentur, quæ probabiliter gignerent ſeditiones, ac bella, ut ſi delinquens eſſet dux generalis totius exercitus, licitum eſſe, ejus cauſam ſecretò cognoſcere, aſſignando ei Patronum, & omnia quæ Chriſtiano more neceſſaria ſunt, quàm diligentiſſimè ſcrutando. Petr. Auguſt. Morla, *in Empor. iur. p. 1, t. 2 quæſt. 2* ubi ex Cajetano refert diabolicas eſſe artes, ad obtegendas excuſationes in peccatis, & multas neces iniquas diſſimulandas, ſi Princeps dicat oportere reum, quem evidenter morte dignum cognoſcat, ſecretò & cum cautione occidi, abſque nullo ne naturalis quidem juris proceſſu. Quamvis hoc Joh. de Serres. *in Invent. hiſt. Gall* ubi de morte Guiſii Ducis, juſſu Henrici III. Galliæ Regis, clàm occiſi, approbare nitatur. Verùm hæc exorbitantia, non extraordinaria ſolùm ſunt, & omnino non uſurpanda, ut benè & juridicè Umwius docet. *diſp. ad proceſſ. 5. num. 23.* Pariter ut odioſum & ſuſpicionibus

bus gravatum eſt omne, quod fit contra ordinem ordinarium juris, ut attigi *tr. d. Appell. d.* §. *8. f. 69.* Porrò etiam ordinario jure, quædam cauſæ ſummariè tractari debent. Quælibet nempe Eccleſiaſtica cauſa, ubi agitur de electione, præbenda, Canonicatu, vel alio beneficio Eccleſiaſtico. *clem. diſpendioſum. d. iudic.* ubi Cardinal.

Dicitur & ſummaria non pleni poſſeſſorii cauſa: *l. momentanea. 8.* & ibi Bart. *C. unde vi.* nam ea minimi præjudicii dicitur, & ideo ſufficiunt ibi ſemiplenæ probationes, cùm damnum, ſi quod hîc incurritur, in petitorio recuperari queat. Marant. *d. loco. num. 43.* Sic quoque ſummaria eſt cauſa alimentorum futurorum: quia expeditur de plano, & etiam die feriata. ut eſt textus. *in l. 2. ff. d. fer.* Habent etiam ſummarium proceſſum cauſæ mandatorum, ubi incipitur à præcepto: ut latè docet P. Frider. Mindanus. *lib. 2. d. proceſſ. extrah. per diſcurſum.* Sic & ſummariè proceditur in cauſis matrimonialibus, & cùm agitur de ſententia exequenda, aliiſque ſimilibus, paſſim à Dd. noſtris adnotatis. Quin & conſenſu partium fieri poſſe ajunt, ut judicium ſummarium fiat: ut diſputat Petr. Anchar. *lib. 1. quæſt. 37. num. 1 &c.* Quando item ſummario judicio ſit locus, conſuluit Ludolph. Schraderus, *conſil. 37.*

4. *Quod judicium criminale, Quod civile vocetur.*

HActenus diſpeximus diviſionem quandam judiciorum, ex formæ depromptam ratione. Succedit nunc alia, ratione finis & objecti. Etenim pro varietate ipſarum actionum, quæ de hac vel illa re, ad hunc vel illum finem in judicio proponuntur, variè quoque judicia dividuntur. Hincque judicium aliud publicum, aliud privatum indigitatur. Publica quaſi populica, ea vocitamus, pópuli quæ commodum ſpectant. arg. *l. 15. d V. S l. 1. § huius. ſupr. d. iuſt & iur.* Hincque publicum judicium illud eſſe apparet, in quo de tali agitur cauſa, cujus perſecutio publicam potiſſimùm reſpicit utilitatem, & vindictam. Privata dicuntur, quæ ſingulos concernunt: arg. *l. 1. ſupra d rer. diviſ.* privus enim utique ſingulos notat. Sicque judicium cenſetur privatum, in quo agitur de negotio vel jure alicujus privati, tuendæ rei familiaris causâ, *l. 1. & 3. de Prævaricat. l. 1. ad l. Cornel. d ſicar.*

l. 7. d. publ. Judic. l. 9. §. 5. d. publican. l. & in privat. C. d. iudic. l. de fide. 16. C. d. falſ. Et Publicũ quidem judicium iterum triplex conſtitui poſſe videtur, populare, extraordinarium, & publicum in ſpecie ita dictum. Juſt. Meier. *diſp. ff. 5. th. 8.* Populare Judicium vocat Govean. *1. var. cap. 27. & libr. 2. d. iuriſdict. ad l. ſi quis id.* in quo populi cauſa agebatur, & ad cujus perſequutionem, utilitatis cauſa quivis de populo admittebatur. Cùm tamen plures agere volebant, magis idoneo actio dabatur: quod judicii genus divinatio appellabatur. Harumque actionum duo genera eſſe videntur: quædam enim principaliter ad publicum ſeu populi commodum inſtituuntur, ut cum agitur de Albo Prætoris corrũpto. *l. 7. in pr. ſuqra. d. Juriſd.* quædam principaliter ad privatam pertinent utilitatem: licet etiam publicam aliquo modo pertingant. Cujus generis eſt actio de ſepulchro violato. *l. 3. inf. infr. d. ſepulchr. violat.* Hucque pertinet quoque actio ſi quid effuſum ſit, vel dejectum. *l. ſi verò. 5. de his qui effuder.* In hocque genere popularium actionum, pro regula tradunt: Eum, cujus intereſt, cæteris præferri. *l. 3. infr. de popul. act.* Publica judicia ita ſpeciatim vocitata, non idcircò ſunt dicta (quamvis Juſtin. *in t. d. public. Jud.* hoc innuere videatur) quòd eorum perſecutio cuivis ex populo, qui modo idoneus ſit, ut accuſatori detur. Hâc etenim ratione & popularia judicia publica eſſent: ſed quòd ex legib. publicorum judiciorum deſcendant, & ad publica crimina vindicanda dentur. *l. 1 d. publ. Judic.* Publica hæc judicia legitima & ordinaria ſunt, legem, pœnam, formulamque habent certam. Veluti Majeſtatis, adulterii, homicidii, falſi, repetundarum, &c. Extraordinarium reputamus, in quo agitur de crimine vel delicto privato extra ordinem. *t. t. d. extraord. crimin. §. 10. Inſt. d. iniur. l. ult. d. privat. delict. l. ult. d. furt. l. 42. §. 1. d. procurator.* Extraordinaria legem quidem habent, ſicut & omnia judicia qualiacunque: ſpecialem pœnam, ordinemvè certum non habent; veluti concuſſionis, abigeatûs, ſtellionatûs, expilationis. In his longè alius reorum habitus erat, alia judiciorum forma, & in crimen ſubſcriptio accuſatoris, ut Cujac. rectè obſervavit. *lib. 8. obſ. c. 33.* Quamvis hodie publicorum quoque judiciorum nullæ formulæ ſint, & ſublatis formulis, manſerit legum pœna aliquandiu, ſed poſteà conſtitutionibus in incerto, & in arbitrio judicantium eſſe cœperit. Ita ut nunc ejuſmodi differentiarum nomina magis

gis, quàm res ipſa durare videatur. Quâ de re conſulere licet diſcurſum criminalem Hunnii. *theſ. 53.* Alia ex fine & objecto ſumitur differentia judiciorum, magis neceſſaria in praxi. Nempe quod aliud judicium eſt civile, aliud criminale. Diviſio hæc ut admodum eſt vulgata, ita civilis cauſa à criminali quomodo diſcernatur, non æquè facile poteſt definiri. Equidem ſi credimus Saliceto, *in l. 1. C. d. ſepulchr. violat.* quicquam certi in hâc re conſtitui non poteſt. De eâque variè & diverſimodè agunt Duaren. *1. diſp. 35.* Robert. *4. ſent. 9.* Charond. *3 veroſimil. 19.* Concenat. *1. qu. 7.* Mich. Calidonius. *ad rubr. extr. d. indic.* Menoch. *caſ. 265.* Delrio. *ad l. tranſigere. num. 9.* Juſt. Majer. *diſp. 5. theſ. 10.* Ego primùm aliorum ſententias proponam, poſt aperiam quid mihi videatur. Accurſ. *in l. lex Cornelia. in pr. d. iniur.* cauſam criminalem vocat, quandocunque de crimine diſceptatur. At hæc opinio, teſte Claro. *5. recept. §. f. q. 1.* communiter à Dd. reprobatur, qui pro indubitato habent, de crimine etiam civiliter agi poſſe: ut ſcribit Blanc *in pract. crim. f. 16. num. 158.* Idem tamen Accurſius, parum hic ſibi conſtans, *in l. ſi qua per calumniam. C. d. Epiſc.* aliam proponit opinionem, ſcil. quando pro crimine imponitur pœna corporalis, cauſa dicatur criminalis; quando pecuniaria pœna, tunc cauſa ſit civilis. Hæcque ſententia, non ſolùm de jure Regio Caſtellæ & Legionis vera eſt: ſecundum Petrum Avendannum, *in Dictionario Legum Regni, f. 181. verb. criminal.* ſed & Germaniæ moribus convenire videtur. Vocamus enim peinliche Sachen / quaſi corporis pœnam inferentes afflictivam. Unde cùm in criminalibus cauſis, non ſolùm ad Cameram haut appelletur, ſed & generali conſuetudine omnium in Germaniâ locorum, provocatio inibi ſit adempta: hoc intelligendum eſt eo in caſu, da die Sach ein Leibſtraff auff ihr tragen thut. Cletzelius. *tr. d. appell. cap. 3. num. 11.* P. Denaiſius, *in aſſert. Juriſd. Cameræ Imperial. f. 107.* Et ita ubi talis quæſtio, deeſt, ibi etiamſi pro mulcta fiſco applicanda agatur; appellationi tamen deferendum putat Friderus. *1. cap. 9. ſect. 8. & 12.* Cammer G. Ordnung. *part. 2. t. 22.* §. Item nach dem auch. & dixi ego. *tr. d. Appell. cap. 7. §. 4.* At verò jure Romano inſpecto, non conveniens hæcce opinatio videtur: utcunque Joh. Gillotus *in Iſagog. Jur. Civ. ſanct. cap. 1.* eam tueri conetur, illamque à cunctis rejici ſolere, teſtes ſunt ſat locupletes, Decius. *in 1. lect. ad rubr. extr. d. indic. num. 4.* & Blancus *ubi*

ſupra. Sanè in criminalibus judiciis, frequenter imponitur pecuniaria pœna, & de re familiari, aliquando criminaliter agitur: ut probat *l. un. C. quand. civ. act. crim. praiud.* Communiſſimè in eam ſententiam eſt itum, quod quando principaliter in judicio agitur ad commodum privatum, ſive cauſa ex delicto, ſive ex contractu deſcendat (ſi modò pars ſibi aliquid adjudicari petat) tunc judicium vocetur civile: quando verò ex delicto tantùm oritur, & principaliter agitur pro crimine ad pœnam Fiſco applicandam, hoc eſt ob commodum, ſeu vindictam publicam, tunc ſemper criminale judicium vocitetur, ſive corporalis pœna veniat infligenda, ſive pecuniaria tantùm. Et fuit quoque hæc opinio valdè fluctuantis Accurſii, *in l. 3. verb. centum. d. ſepulchr. viol.* In quam quoque ſententiam ex Neotericis Duaren. & Charundas *locis ſupr. notat.* reipſa decedunt, quamvis morſciolorum, qui ſemper communibus opinionibus inſidiantur, verbis eam oppugnare conentur. Nec juvat contrariam opinionem *l. Caius. 22 ff. ad Syllan.* in quo licet pœna fiſco applicetur, cauſa tamen pecuniaria vocatur. Ex quo dicendum videtur, civilem cauſam & illam eſſe, in quâ ad fiſci ſeu Reipublicæ commodum agitur. Objectionem hanc, utcunque magni momenti videatur multis, non adeò difficilem puto. Scio enim eo loci agi de criminali cauſa, non verò de civili. Et ibi abuſivè pecuniariam cauſam (quâ voce regulariter aliàs civiles cauſæ denotantur) criminalem à JC. Paulo vocari, ad differentiam illius ſpeciei criminalium cauſarum, ubi pœna corporalis locum habet, non quod omnes pecuniarias cauſas, à criminalibus voluerit ſeparare Nam & pecuniariæ cauſæ aliquando ſunt criminales; cùm & in aliquibus publicis criminibus pœna pecuniaria infligatur. Sciendum ergo: ex omni maleficio, ſive publicum, ſive privatum, ſive extraordinarium illud ſit, duplex judicium naſci, civile unum, alterum criminale. In criminali quæritur de ipſius maleficii ultione, & publica vindicta expetitur, per accuſationem. Ita ut criminale judicium, & in modo & in fine perſequendi differat à civili. Quoniam criminale per viam accuſationis, & ad publicam vindictam, atque animadverſionem inſtituitur. Civile per viam actionis, & ad finem perſequendi non publicam vindictam, aut animadverſionem, ſed commodum pecuniarium, partis privatæ:

vatæ:

vatæ: nam inibi partes ſibi aliquid adjudicari petunt. Sicque ex modo perſequendi, & concluſione non difficulter metiri quimus, an civiliter vel criminaliter agatur. Unde & cauſa criminalis, haut præjudicat civili: nec una alteram abſorbet. Indeque fur, qui ſuſpendio affici debet; nihilominus res ſubtractas, vel earum æſtimationem, cum eo quod intereſt, reſtituere tenetur. v. Rol. à valle. *conſ. 30. vol. 2.* De foro autem in delictis ſortiendo, variæ quæſtiones moveri ſolent. *Sic quòd capitaneus Guerra, poſſit punire teſtem provincialem, coram eo falſum deponentem*, decidit Peguera. *deciſ 60. An Baro, cui non competit aliqua qualitas, tribuens ei Jurisdictionem erga aliquem delinquentem alterius Baroniæ, poſſit illum capere, & remittere ad ſuum Baronem, & Judicem loci delicti.* Peguera. *deciſ. 2. An in una Provincia delinquens, & aufugiens in aliam, ſit in ea Provincia in qua degit ad requiſitionem Judicis loci delicti, capiendus, & per Judicem capientem remittendus, ad d. locum delicti, ut ibi legitimis ſuppliciis ſubiiciatur.* Peguera, *deciſ. 66.* Joſ. Ludovic. *deciſ. 16. An Judex poſſit cognoſcere de delicto commiſſo extra ſuum territorium, etiam cum inſtantia partis: & caſu quo non poſſit, an debeat remittere delinquentem ad Judicem loci delicti.* Peguera, *deciſ. 87. Judex domicilii, an inquirere poſſit de delicto extra territor. commiſſo.* Magon. *deciſ. 70. An deliquens in loco delicti conveniri, & puniri queat. Et utrum iudex domicilii vel habitationis, ſi hoc ab ipſo poſtuletur, reum ad delicti iudicem hodiè remittere teneatur?* Rauchbar. *1. quæſt. 50.*

5. *Quando civilis, & criminalis quæſtio concurrunt, utra quieſcat, vel prius ſit expedienda?*

QUando inter duos oritur cauſa civilis, & cauſa criminalis, pendente criminali ceſſat meritò civilis, id quod ſancitur. *in l. ult. Cod. d. ord. iudici.* Hincque Marant. *part. 4. diſt. 19. num. 53.* ſcribit: Criminalem cauſam, ratione majoritatis & præeminentiæ, præjudicare civili, priuſque expediendam eſſe criminalem. Etenim ut Paul. JC. reſpondet, *in l. 54. h. t. per maiorem cauſam, maiori cognitioni praiudicium fieri non oportet: & maior quæſtio minorem cauſam ad ſe trahit.* Sed hæc res uberiori eget declaratione. Interdum enim criminis quæſtio civili præjudicat, interdum ab ea planè eſt ſeparata. Priori in caſu nemo dubitat, priùs expediendam eſſe criminalem. *per l. adulterii. 33. C. d. adult. &*

l. ſi

Digitized by Google

l. ſi teſtamentum. 6. ubi Bart. *d. petit. hered.* quamvis vel fiſcus, vel tertius moveret actionem criminalem. Sic cùm ego peto à te decem, vel hereditatem, & tu accuſas teſtes de falſo, impeditur per hanc accuſationem curſus, & expeditio cauſæ civilis. Quæ regula iterùm variè explicatur, limitaturque: ut apud Trentacinquium. *2. var. reſol. tit. d. judic. reſol. 7.* licet videre. Viciſſim tamen, cùm civilis criminali eſt præjudicialis non procedi debet in cauſa criminali, quod *ad d. l. fin. C. d. ord. judic.* Accurſ. notat. v. gr. Titium adulterii accuſat Cajus, Cajus Titium ſervum eſſe ſuum dicit: hæc civilis diſceptatio præjudicat criminali, & ideoque priùs de civili eſt cognoſcendum. *l. quoniā 6. C. d. adult.* Aliud exemplum habetur, *in l. Præſes. 8. C. d. plagiar.* vide tamen Cujac. *lib. 20. obſerv. cap. 25.* At cum quæſtio criminalis, venit incidenter, ad cauſam civilem principaliter motam: v. gr. actor petit centum vigore inſtrumenti, reus opponit de ejus falſitate, tunc quia quæſtio falſitatis venit incidenter ad cauſam civilem principaliter motam, unâ ambæ ſententiâ terminantur. *l. pen. Cod. d. o. d. judic. l. quod in diem. 7. §. ſi rationem. 1. d. compenſat.* & habetur aliud exemplum, *in l. 1. C. ſi quis aliq. teſtari prohib.* At vero ſi cauſa criminalis à civili eſt ſeparata; ut *ſi Titius contra Caium ageret, mutui actione, Caius Titium homicidii accuſaret, an* itidem *hic prius criminalis ſit terminanda?* quæſtionis eſt admodùm controverſæ adeò ut Trentacinquius neſciat utra opinio magis ſit communis. Lubet hic affirmativè reſpondere. cum *ſupra. d. l. fin. d. ord. judic.* loquatur indiſtinctè, & ſolum ibi ponderetur majoritas cauſæ, & ut citius terminetur cauſa ardua, nec crimina maneant impunita, arg. *l. cum reis. 18. C. d. pæn.* Et ſanè hoc ni dicamus, hâc in parte nihil ſingulare haberent actiones criminales: nam & in civilibus ſi una abſorbeat alteram, præjudicialis priùs eſt diſceptanda. videri tamen poteſt Ummius. *6. num. 44.*

6. *Momenti & proprietatis quæſtio, à judice ſimul diſceptari, & definiri nequit.*

Dominii partes duæ ſunt, proprietas & poſſeſſio: adeò ut poſſeſſio, vel maxima dominii pars exiſtat. Unde uſusfructus pars dominii eſt; quia poſſeſſionem habet, quæ eſt potior vel melior pars, vel effectus dominii, qui ſenſus eſt *l. 4. d. uſufr.* Noſtri quoque JCti *in titulis de rerum diviſ. l. 1. d. acquir. poſſeſſ. l. ex hoc*

hoc iure d.inſt.& iur. putant, ex occupatione & poſſeſſione originem dominia cœpiſſe. Ea propter in dubiis cauſis, ex poſſeſſione dominium præſumi ajunt, *l. ſive poſſidetis.16.C d.prob.* & dominium non magis à poſſeſſione ſeparari, quàm rem à cauſa, fine, materia, & effectu ſuo, probat David de Argentè, *lib. ſing. notar. iur. ſelect. à pr.* Hæc omnia autem vera ſunt in concreto, ſeu in ipſo rerum uſu, jure & ſitu, Non ſic in litibus: quia lis de poſſeſſione ſeparatur à cauſa proprietatis, Prætorque in interdictis, ſeu judiciis de poſſeſſione, non de dominio quærit, ſed de poſſeſſione tantum, vel adipiſcenda, vel retinenda, vel recuperanda. Idcircò in iis nec agendum, nec probandum, nec pronuntiandum eſt de proprietate, ſed de poſſeſſione: ut hoc tantum intelligatur, ad quem ex litigatoribus interim ea magis pertinere videatur. *l.1.§.1. infr. d. itin. actuve privat.* Horum occaſione graviſſimà controverſia oritur: *An vindicatio cum interdicto, petitorium cum poſſeſſorio, cumulari iungive queat?* Petitorium & poſſeſſorium, ſimul poſſe cumulari, generaliter affirmat Petrus, & cum eo Gloſſatores vetuſtiſſimi, ut & Dd. recentiores plerique omnes. Vid. omn. Dn. Rut. Rulandum. *tr. d. articul. lib. 4. cap. 4.* Ac argumentantur à partium enumeratione. Primò in retinendæ interdicto, *ex l. naturaliter. 12. §. 1. d. acquir poſſeſſ.* Secundò, In adipiſcendæ interdicto, *ex l.1.§.1. infr. quod legator.* Tertio, in recuperandæ interdicto, *ex l. cum fundum. 18. §. ult. d. vi armat.* Cui & Cujac. aſſentit. *lib. 2. obſ. 35. ut & lib. 7. obſ. cap. 38.* In contrarium, non poſſe petitorium cum poſſeſſorio cumulari, generaliter ſcribunt Azo, Johannes & multi alii, tùm vetuſti, tùm novi Gloſſatores, ac quoque Donell. *ad l. incerti. C. d. interd.* David Argentè. *d. l. f. 83. & ſeq* Ummius. *diſput. 6. theſ. 45.* A. Matth. *diſput. 5. theſ 8.* Quæ ſententia juri civili magis conſentanea videtur. Hoc enim vult, rejectâ cumulatione, prius de interdicto cognoſci, & ſtatui, ac petitorium differri, ne partes veniant ad arma, *in l. ſi de vi, 37. h. t. n.* ubi de vi ſeu poſſeſſione, tùm de proprietate quærebatur, & JC. ait: prius de vi & poſſeſſione cognoſci, decidique oportere. Idem nominatim eſt ſancitum. *in l. incerti. 3. C. d. interd.* ubi ſimul ortâ proprietatis & poſſeſſionis cauſa prius eſt agenda, petitorio ſuſpenſo. Item *in l. ordinarii. 13. C. d rei vind.* Nam ea de vindicatione accipi debet, ut ad ſuum titulum pertineat: ibi igitur ceptâ vindicatione, ſeu petitorio judicio de mancipiis, dicitur prius

Ppp de poſ-

de poſſeſſione eorum ſtatuendum eſſe. In his omnibus locis, & proprietatis & poſſeſſionis quæſtio ſimul orta & à litigatoribus propoſita fuerat, nihilominus præcipitur, & tractari prius, & definiri poſſeſſorium, petitorio omiſſo. Quod idem aperte firmat. *l. exitus. 35. d. acquir poſſeſſ. l. un. C. uti poſſidetis.*

Nec hîc conturbari debemus *ex l. natural. 12. §. nihil commune. de acquir. poſſeſſ* cùm ait: qui cæpit vindicare, agere poteſt interdicto uti poſſidetis, & propoſita vindicatione, actor non renuntiavit interdicto, ſed poteſt ad illud reverti. Nam ſubjicies ex aliis legibus, interim dilatâ & ſuſpenſâ vindicatione proprietatis, quæ non diſceptatur, niſi poſt interdicti quæſtionem. Similiter in *l. cùm fundum. 18. §. ult. d. vi arm.* cùm dicitur, qui cæpit vindicare, poteſt experiri interdicto unde vi. Adde: petitorio ſuſpenſo. Nam prius debet tractari & definiri cauſa interdicti & poſſeſſionis, ut expreſſè dicitur *in l. 3. C. d. interdict.* Manet ergo hoc ratum: quod ceptâ lite proprietatis, poteſt agi quolibet interdicto: ratum etiam eſt illud, quod propoſito interdicto, ſileat ac quieſcat lis de proprietate, atque ſuſpendatur, donec poſſeſſorium fuit planè finitũ, & traditum executioni. Ac demùm *à poſſeſſorio, an ad petitorium tranſiri queat?* diſcutit Schæfferus. *1. qu. 45.*

7. *In rem actio ubi exerceri debeat, an ubi res eſt conſtituta, vel ubi poſſeſſor domicilium habet?*

Conſideratio poſſeſſionis & dominii, tanquàm quæ ſunt ſumma rerum adjuncta, ex hominum impoſitione ipſis accedentia, JCtis propria eſt; quod de his inter homines controverſiæ maxumè exiſtant, ut & de iiſdem actiones ſive judicia prodi fuerit neceſſe. Hinc actio in rem, omnis eſt vel de ejus poſſeſſione vel dominio, aut certè utroque ſimul. De qua actione dubitari interdum contingit, ubi & coram quo judice ſit exercenda. Et quidem de vi, ac poſſeſſione, ſeu interdicto unde vi, civilis controverſia eſt: (nam & ex l. Julia de vi, publicum criminale judicium inſtitui poteſt) uti Cujac. docet *5. obſ. 15.* tunc autem ſi civiliter agitur, provinciæ Præſes, in cujus territorio & juriſdictione prædium eſt ſitum, cujus poſſeſſio per vim eſt ablata, de vi & interdicto cognoſcet. Hic enim ſenſus eſt, *l. unic. C. ubi d. poſſeſſ. agi opert.* quam rectè Donell. *17. com. cap. 17. de* civili judicio exaudit. Ubi ita reſcriptum invenimus: Quando vis facta dicitur (poſ-

(poſſeſſioni videlicet) atque momentaria poſſeſſio repetitur, aut poſtulatur contra eum, qui eam uſurpavit, adire oportet judicem loci, in quo poſſeſſio eſt ſita. Ad eum enim judicem pertinet vim cohibere in ſuo territorio factam, & celeri reformatione momentique judicio, poſſeſſores in ſuo ſtatu & loco tueri. Namque territorium dicitur à terrendo, & ſubmovendo malè attentata, vimque & turbationem omnem. Et quamvis *d. l. un.* loquatur tantùm de interdicto unde vi, ſeu de poſſeſſione per vim ablata, ut oſtendunt ea verba: *momentaria poſſeſſio, momenti judicium, celeris reformatio, &c.* quæ frequentius reſpiciunt interdictum recuperandæ poſſeſſionis per vim ablatæ ut & notat Vultei. *ad l. un. C. ub. d. poſſ. num. 31.* nihilominùs tamen, rectè ad alia poſſeſſoria quoque refert ibi Vultejus, quæ hic dicimus de recuperanda. Ea autem *lex unic.* obtinet, quamvis invaſor & turbator poſſeſſionis, non ſit ejus Provinciæ vel Juriſdictionis, ubi poſſeſſio eſt ſita, in qua vim & turbationem facit: nam aliàs ſtulta & inanis dubitatio foret, *in d. l. un.* ſi res, poſſeſſioque turbata, vel ablata, nec non reus ipſe turbator eſſent ejuſdem territorii & loci. Hic enim alium quàm loci judicem adire, malè, niſi communi ſenſu carens, dubitaret. Hæc verò alioquin ſatis certa, conturbantur *ex l. 2 C. d. interdict.* ubi Præſes de interdicto, ſeu poſſeſſione non cognoſcit in reum, qui ſuæ Provinciæ non eſt, ergo turbator poſſeſſionis, qui eſt alieni fori, coram ſui fori judice convenietur, non coram judice loci, ubi res eſt ſita: contra id quod definivimus, ex *d. l. un. C. ubi de poſſ.* quod & ſentit Cujac. *5. obſ. cap. 19.* Ego ſemper in iſtis ambiguitatibus inſpicio legem, quæ continet regulam, magis receptam & uſitatam: locum verò ei contrarium, alio flecto & detorqueo, ad ſuum caſum ſpecialem. Ideoque dicendum hîc videtur, quod ejus *l. 2* ſpecies ſit de eo præſide vel judice, in cujus territorio vel præſidatu, neque res & poſſeſſio eſt, neque reus turbator poſſeſſionis: tunc namque Præſes Provinciæ in iſtum, qui ſuæ haut eſt juriſdictionis non cognoſcit. Idque & Bald. ſenſiſſe videtur, & approbat Argentè. *notar f. 50.* Et verò, ut Cujac. agnoſcit tantùm domicilii judicem, ita Donell. *d. c. 17.* aſtringit actorem, ad locum rei ſitæ, nec in actoris arbitrio relinquit, convenire actorē in loco rei ſitæ, vel domicilio rei, quâ de re *in ſeqq.* agetur. Quemadmodum verò, cum agitur de poſſeſſione, liberum eſt actori, convenire reum,

 vel

vel in loco domicilii vel rei ſitæ; ita pariter & hoc dicendum eſt, in actione, quæ de dominio ſeu proprietate movetur: quæ per eminentiam actio in rem appellatur, eò quòd dominium majus quid ſit, & dignius poſſeſſione. Actionem in rem ſingularem, ſeu vindicationem eo in loco, ubi res eſt conſtituta, inſtitui poſſe, dubium eſt nullum, ſive poſſeſſor ibi domicilium habeat, ſive non. *l. f. in f. in C. ubi in rem act.* ubi Vultejus. *& in l. 38. ff. h.* adeò ut etiam honore ſuperior, ratione rei ſitæ, forum inferioris agnoſcere cogatur, ut docet Hillig. ad Donell. *17. cap. 17. lit. A.* Quamvis Cujac. & quoque Lyclama *4. membran. 3.* diſſentiant, ac ad locum domicilii actorem ſemper aſtringant. Communiter quoque Interpp. à quib. etiam non diſcedit Duaren. *h. cap. 12.* cenſent: ſi alibi, quàm in loco rei ſitæ, domicilium habet actor, in arbitrio actoris eſſe ſitum, in utro experiri malit, ut conventus in uno, ad alterum revocandi non habeat poteſtatem. Donellus, quod jam dixi, ut in poſſeſſorio, ita & hîc, diſſentit: nec aliter niſi ex prorogatione, reo nimirum in eam juriſdictionem conſentiente, extra locum ubi res exiſtit, conveniri non poſſe putat. Quæ opinio proſcribitur per *d. l. fin. l un. C. ubi de heredit. agatur. l. 10. & ſequent. infra d. rei vind.* Hâc tamen in quæſtione non eſt ſingularis Donellus ut Vultejus putat, ſed aliquos habet conſentientes, ut Hillig. *l. F.* probat: & cum Donello præter Hilligerum conſentit quoque Zanger. *d. except. part. 2. cap. 1. num. 118. & 284. &c.* Anton. Matth. *diſput. ff. 5 theſ. 9.* At urget Donellus *in d. l. f.* verbum *jubemus:* ita enim ibi loquuntur Imperatores: *Actor rei forum, ſive in rem, ſive perſonam ſit actio, ſequitur. Sed & in locis, in quibus res, propter quas contenditur, conſtitutæ ſunt, jubemus in rem actionem adverſus poſſidentem moveri.* Hîc ait Donellus, lubent Impp. actionem moveri in iis locis, ubi res ſunt conſtitutæ: at quod lege jubetur, non confertur in arbitrium cujuſvis. Sed hic mihi planiſſimus illius legis videtur eſſe ſenſus. Nempe regula traditur, quod regulariter & ſemper actor rei forum, *id eſt,* locum, ubi domicilium habet, ſequi teneatur. Huic regulæ ſubjiciunt Impp. declarationem, nempe quod etiam in loco rei ſitæ, ſi in rem actio intentatur, illa moveri poſſit. Sicque jubetur ibi reus reſpondere, non ibi cogitur egere actor. Aſt huic textui non planè confidit Donellus, Ideoque omne ſuæ opinionis fundamentum ponit *in l. 38. h. t. n.* Sic namque ibi in fine ſcribit Licinius

Digitized by Google

nius JC. *Si autem per in rem actionem legatum petatur, etiam ibi peti debet, ubi res eſt.* Unde hinc infert Donellus, quod peti debet ibi ubi eſt, id ibi peti neceſſe eſt: Verbum namque *debendi*, ſubjicit in jure rem neceſſitati. Atqui dominium ſive proprietas rei ibi peti debet ubi eſt. Fieri ergo nequit, ut alibi petatur. Vultei. qui alias *ad l. un. C. ubi d. poſſ. & in l. 1. C. ubi in rem act.* ſolidiſſimis rationibus oppugnat Donellum, tamen *ad d. l. 1. num. 11.* non mihi ſatis fecit; cum ad hanc *l. 38.* ita reſpondet, ſententiam Donelli de jure antiquo veram eſſe. Atqui ad hoc jus antiquum reſpicere hic JC. Et compilatorum noſtrorum indiligentiam hîc arguendam eſſe, qui hoc apud Licinnium inventum reliquerunt, quod tamen jam tempore Juſtiniani immutatum, vel omittere, vel ad illa tempora inflectere debuiſſent. Sanè & hic ſuccurri poſſe compilatoribus puto, ſi nempe dicamus: itidem & hic ut *in l. fin. C. ubi in rem act.* non arctari actorem ad locum rei ſitæ, ſed potiùs reum ad ibi reſpondendum. Sicque hoc Licinnii reſponſum accipio, ut ſit declaratio ſeu extenſio regulæ vulgaris: quâ dicitur actorem ſequi forum rei, arg. vocabuli *etiam*, quod habet vim amplificandi, ſive extendendi, nullâ quoque aliâ collationis notâ expreſſâ, ut docet Rudinger. *ſing. obſ. cent. 1. obſer. 37.* Et quoque verbum *debet.* interdum exponitur pro poteſt, & ſic ſine neceſſitate. *l. 4.* ubi Gl. & Bart. *d. off. Proconſ.* Mynſ. *conſ. 19. num. 21.* Everh. *in Topic. loco à ſubiect. mater. num. 17.*

Rem ipſam quod attinet, de qua controverſia eſt, cujuſmodi ſit, intereſt nihil, univerſalis an ſingularis ea ſit. *l. unic. C. ubi d. heredit.* ad quam doctè commentatus eſt Herman. Vultejus, ac Lyclama. *4. membr. cap. 5.* *An verò inter mobilem vel immobilem ſit diſtinguendum*, non æque eſt certum. Hacque de re tractat Vult. *ad d. l. 1. num. 16.* Arumæus. *diſp. ad ll. præcipuas. 8. theſ. 4.* Rem verò mobilem in domicilii loco peti poſſe, dubitationem habere non videtur. per *l. 10. & ſeq. infr. d. rei vindic.* Et quod eandem in loco rei ſitæ petere queamus, arguunt. *d. l. quod legatur. 38. h. t. Authent. quâ in provinc. C. ubi d. crim. & l. fin. C. ubi in rem act.* Qui textus in genere de reali actione loquuntur, nec ideoque à re mobili ſeparari debent. arg. *l. d. pretio. 8. infr. d. publician.* Et ita ſenſit Azo. Accurſ. Salicet. Sichard. & alii *ad d. l. fin. C. ubi in rem actio.* Cui opinioni æquitas magna accedit. Convenit enim ut ibi reſpondeat forenſis, ubi rem habet, maxumè cùm ex præſenti poſſeſſio-

ſeſſione detur actio realis, *l. 24. h. t.* quàm quod actor, qui rem ſuam præſentem videt, maximis ſumptibus reum ad locum domicilii ſequi cogatur. Et ſanè fieri poſſet, interim dùm actor judicem domicilii adit, ut reus rem diſtrahat, & doloſè inanem reddat juſtam domini illius rei impetitionem. Hugolino veteri Gloſſatori, & aliis aliud viſum fuit, nempe Forenſem non teneri reſpondere, cogi tamen ſatiſdare judicio ſiſti, in domicilii loco. Hinc ſi quis Ulmenſis Tubingæ cum equo divertat, qui equus meus eſt, Azo rectè putat, me hîc Tubingæ, Ulmenſem illum, tametſi hîc domicilium ſuum non habeat, rei vindicatione de iſto equo convenire poſſe, ipſumque hîc cogi etiam invitum judicium ſuſcipere, nec habere poteſtatem, excipiendi contra hoc forum, ac revocandi ad domicilii locum. Quod uſu obſervatur. Quamvis enim regulariter prohibita ſint arreſta. *l. 58. d. re iudic.* Gail. *d. arreſt. cap. 1. num. 7* Peck. *d. iure ſiſtend. cap. 1.* quia ab executione & præcepto non licet judicium inchoare. *l. 1. C. d. execut. rei iudic.* Attamen hoc in caſu conceditur arreſtum, & Ulmenſis equus hîc arreſtatur, illudque arreſtum non illicitum reputatur: cùm non reſpiciat executionem; ſed eam potiùs partem, quæ eſt de in jus vocando. Et hinc arreſtum hoc, non ſolvitur cautione de judicio in domicilii loco ſiſti & judicatum ſolvi, ſed realis cautio neceſſaria eſt, cogitur ſcil. equum hîc Tubingæ dimittere Ulmenſis, & coram Tubingenſi magiſtratu reſpondere.

Econtra Hugolinus & ſequaces qutant, in ſupra dicto caſu, Ulmenſi conceſſum eſſe fori præſcriptionem, ſive jus ad domicilii locum revocandi: ita tamen, ſi non ſit de fugâ ſupectus, & hic coram judice competenti ſatiſdet, quod ſeſe Ulmæ judicio ſiſtere velit. Quod ſi de fuga ſuſpicio eſſet, arbitrantur equum hic Tubingæ ſequeſtrandum eſſe, interim dùm de equo Ulmæ diſceptatur. Hancque ſuam ſententiam probare conantur per *l. 16. inf. d. offic. Præſid. & l. 7. § fin. qui ſatiſdare. cog* quarum illa de ſpeciali loquitur caſu, nimirum de comitibus Præſidum, hæc de caſu, ubi lis non eſt cum forenſi: Sed ſi v. gr. Tubingenſis cum Tubingenſi litiget, de re mobili, & reus conventus ſuſpectus ſit de fuga, tunc res ſequeſtrari poteſt, ut reſpondetur in *d. l. 2.* quæ deciſio non infringit ſententiam Azonis, cùm termini ſint diverſi. Eſt autem circa hanc eandem quæſtionem adhuc alia opinio, quam Petrus de Bellapertica, Cynus, Bart. & Joh. Faber. *ad d. l. fin. Cod. ubi in*

rem

rem act. amplectuntur: nempe ſi res mobilis in locum aliquem ſit delata, eo animo ut ibi maneat, idem juris eſſe in ipſa quod in re immobili, atque tùm procedere ſententiam Azonis: ſin autem non ſit eo animo illuc delata, ſed vel tranſitura, vel cuſtodiæ cauſa ibi exiſtat, non poſſe eo loco vindicari: ita ut tùm procedat ſententia Hugolini. Sed nec hæc diſtinctio eſt approbanda: cùm nullo jure ſit ſuffulta, nec deciſiones juris ſimplices & uniformes, fictis, variiſque diſtinctionibus, multiplices & variæ reddi debent.

8. *An & quatenus locus contractus, fundet juriſdictionem?*

UNuſquiſque ibi conveniri debet, ubi contraxit, etiamſi non ibi degat, *l. 2. §. 4. l. 19. §. 1. 2. l. 36. §. 45. h. t n. l. 1. & 2. C. ubi de ratiocin. cum ſimil.* Cæterùm non modo contrahens conveniri poteſt in loco contractus, ſed & hæres ipſius. *d. l. 19. in princ. h. t. n.* Eſtque locus contractus is, ubi quid promiſſum eſt dari, ſeu in quo ſolutionem fieri convenit, licet contractus alibi fuerit celebratus, *l. 21. d. obligat. & c. l. 1. 2. 3. d. reb. auct. iud poſſ. l. 19. §. ult. h.* Quod ſi verò nihil de eo dictum ſit expreſſè, locus contractus is intelligetur, ubi negotium eſt geſtum, *d. l. 19. in pr. §. 1. & ſeq.* non etiam ubi confectum eſt inſtrumentum contractus: facit *l. 65. h. l. 38. d. obl. & act.* niſi ut contractus in ſcriptis fieret, placuiſſe probetur. fac. *pr. Inſt. d. empt. vend.* Quod ſi viator, vel alius, in tranſitu quid emerit vel vendiderit, termino ei à creditore ad ſolvendum dato, non videtur in loco contractus conveniendus etiamſi reo adventante, in eo loco reperiatur. *d. l. 19 § 2. h.* Cujac. *11. obſ. 13.* niſi alia fuerit contrahentium mens: veluti, ſi venditor ſpe præſentis pecuniæ vendiderit; emptor autem non ſoluto pretio, rem alienam domum aufferre velit. *l. 25. & 39. §. 1. h.*

Hic autem generaliter eſt ſciendum, nullum debitorem in loco contractus conveniri poſſe, niſi & ibidem reperiatur. *cap. 2. §. contrahentes d. foro compet. in 6.* Coler. *d. proceſſ. executiv. part. 2. cap. 1. numer. 36. & ſeq.* Gail. *2. obſ. 36. num. 14.* vid. Juſtum Majer. *diſp. ff. 5. tit. 1. theſ. 223 & ſeqq.* Nec ergo hic quod in delictis fieri ſolet, remiſſio locum habet, ut communiter obſervari atteſtatur Gail. *l. 1. d. P. P. c. 16. num. fin.* Sicut enim in civilibus cauſis, quis de domo ſua invitus extrahi non poteſt; ita multò minùs de provincia

vincia vel civitate. Quod ſi tamen reus in loco contractûs non inveniatur, habeat autem bona inibi ſita, aut verò pergulam, tabernam, armarium vel officinam, utique defendere ſeſe illic debebit, ne immiſſionem bonorum patiatur. *d. c. 1. §. contrahentis. d. foro comp. in 6.* Coler. *d. c. 1. num. 38.* Hic non immeritò dubitatur, *quomodo abſens debeat citari?* cùm extra territorium jus dicenti impunè non pareatur. *l. ult. ſupr. d. iuriſd.* Et videtur, quod ſi judex loci contractus, ſuperior ſit domicilii judice, tùm poſſit ſua auctoritate citare debitorem, judice inferiore non requiſito. per *l. 33. §. 5. verſ. verùm ſi apparitor. C. d. Epiſc. & Cler. l. 2. C. d. off. Praef. urb.* niſi forte inferior judex privativè ſibi conceſſam à ſuperiore juriſdictionem, aut à ſe acquiſitam doceat, qualiter ferè hodie ſtatus Imperii, reſpectu Imperatoris habere ſe jactant juriſdictionem. Quo in caſu, ut & ſi uterque tàm domicilii, quàm loci contractus judex alium recognoſcat ſuperiorem, aut uterque juriſdictionem ut ſuam exerceat, tùm citatio fieri debet per ſubſidium judicis domicilii: literis ad eum miſſis, quas vulgò requiſitoriales vocant. Zanger. *d. except. part. 2 c. 1. num. 170. &c.* At ſi tunc non compareat, vel ſeſe malitioſè occultet reus, eo caſu poteſt creditor impetrare, à judice loci contractus, ut decernat ſibi bonorum poſſeſſionem: ut aliàs adverſus contumaces fieri ſolet. Hoc verò in caſu, ſi ſcil. alius ſit domicilii, alius loci contractus judex electio eſt creditoris, ubi agere velit: cùm uterque ſit competens. Forum namque acquiſitum ex contractu in certo loco, non tollit domicilii forum, ſed accumulat forum foro. Quod tamen ita eſt intelligendum, ut coram quo primum judicium fuerit cœptum, ibidem etiam debeat accipere finem. *l. ubi captum. 30. ff. d iudic.* cùm locus ſit præoccupationi, vel præventioni, quæ prævertitur per ſolam citationem. Matth. Coler. *d. c. numer. 40.*

9. *Quomodo per prorogationem, forum competens reddatur.*

SI ſe ſubjiciant aliqui juriſdictioni, & conſentiant in eum, qui juriſdictionem habet, eſt juriſdictio: ut reſpondet Ulpianus hic. *in l. 1.* hoc cùm fit, juriſdictio judicis incompetentis dicitur prorogari. Unde & juriſdictio prorogata apud pragmaticos, & in jure Canonico nomen habet; nam licet res ipſa ſatis ſit in jure funda-

fundata, appellatio tamen non eſt prodita in jure civili, quo verbum prorogare ſoli tempori videtur accommodatum. *l. 25. §. 1. ſupra. d. arbitr. l 113. d. V. O.* ut quidem ſentit Vultei. *ad l. 1. Cod. d. Juriſd. num. 65.* Quæ materia cùm ſit admodum frequens, & neceſſaria ſcitu, pauca de ea hic dicere lubet. Ac item videri hâc de re poteſt Speckhan. *1. quaſt. 89.* Qui idem *lib. eod. quaſt. 57.* docet, *Quomodò privilegio fori, renuntiari queat?* Ac *an promittens ſtare præceptis & mandatis iudicis, cenſeatur prorogare iuriſdictionem*, enodat Roſacorb. *cap. 69.* Juriſdictioni autem aliquis ſubjicitur invitus, quando forum eſt competens: vel volens, cùm conſenſu litigantium extenditur juriſdictio ad eum, coram quo aliàs reus reſpondere haut cogebatur. Utrumque fit auctoritate legis, hoc quidem permittentis, illud jubentis.

Cæterùm cum ejus quod non eſt, nullæ ſint qualitates, prorogatio hæc non fit, niſi jam ante juriſdictio aliqua exiſtat. Si namque nulla adſit, ea prorogari nequit, quod innuit Ulpianus *ſupr. alleg. l. 1. ibi:* & conſentiant in eum qui juriſdictionem habet, ut & latius docet Zaſ. *in l. ſi per errorem. num. 5. ſupra. d. iuriſd.* Sanè cum Juriſdictio publica ſit poteſtas, eam conſenſus privatorum tribuere nequit. Sed arbitri fiunt, non Judices prorogati, quibus cauſas ſuas privati committunt decidendas. Ergo hîc primùm pro definitione eſt tenendum, ordinariam juriſdictionem regulariter prorogari poſſe, quod pro more multis allegatis confirmat Schrader. *tr. feud. part. 10. ſect. 3. num. 96.* ubi addit, hoc verum eſſe, etiamſi judex ille ordinarius, non habeat tribunal ſuorum majorum, nec etiam territorium, quemadmodum ſunt Academiæ Rectores. De delegata juriſdictione, id communiter negant, tam de jure Canonico quam civili: quamvis diſſentiat Donellus, quem refert Dn. Bocer. *d iuriſd c. 7. num. 20* eò quod delegatus propriam non habeat juriſdictionem, *l 1 §. 1. ſupr. d. off. eius cui mandat. eſt iuriſd.* & ea quam accepit, ſit limitata. Ideoque invito eo, à quo juriſdictionem habet, illam extendere nequit: nam ad prorogationem neceſſarius eſt judicis quoque conſenſus, cujus juriſdictio prorogatur, huncque conſenſum delegatus impertiri nequit. Nec obſtat. *l. 2 §. ſi & iudex. 2. h. t. n.* ubi reſpondet JC. *ſi iudex ad tempus ſit datus, & omnes litigatores conſentiant, quod tempora; intra qua iuſſus eſt litem dirimere prorogari poſſint, niſi ſpecialiter Principis iuſſione prorogatio inhibea-*

 tur.

ſupra. Sanè in criminalibus judiciis, frequenter imponitur pecuniaria pœna, & de re familiari, aliquando criminaliter agitur: ut probat *l. un. C. quand. civ. act. crim. praeiud.* Communiſſimè in eam ſententiam eſt itum, quod quando principaliter in judicio agitur ad commodum privatum, ſive cauſa ex delicto, ſive ex contractu deſcendat (ſi modò pars ſibi aliquid adjudicari petat) tunc judicium vocetur civile: quando verò ex delicto tantùm oritur, & principaliter agitur pro crimine ad pœnam Fiſco applicandam, hoc eſt ob commodum, ſeu vindictam publicam, tunc ſemper criminale judicium vocitetur, ſive corporalis pœna veniat infligenda, ſive pecuniaria tantùm. Et fuit quoque hæc opinio valdè fluctuantis Accurſii, *in l. 3. verb. centum. d. ſepulchr. viol.* In quam quoque ſententiam ex Neotericis Duaren. & Charundas *locis ſupr. notat.* reipſa decedunt, quamvis more ſciolorum, qui ſemper communibus opinionibus inſidiantur, verbis eam oppugnare conentur. Nec juvat contrariam opinionem *l. Caius. 22 ff. ad Syllan.* in quo licet pœna fiſco applicetur, cauſa tamen pecuniaria vocatur. Ex quo dicendum videtur, civilem cauſam & illam eſſe, in quâ ad fiſci ſeu Reipublicæ commodum agitur. Objectionem hanc, utcunque magni momenti videatur multis, non adeò difficilem puto. Scio enim eo loci agi de criminali cauſa, non verò de civili. Et ibi abuſivè pecuniariam cauſam (quâ voce regulariter aliàs civiles cauſæ denotantur) criminalem à JC. Paulo vocari, ad differentiam illius ſpeciei criminalium cauſarum, ubi pœna corporalis locum habet, non quod omnes pecuniarias cauſas, à criminalibus voluerit ſeparare Nam & pecuniariæ cauſæ aliquando ſunt criminales; cùm & in aliquibus publicis criminibus pœna pecuniaria infligatur. Sciendum ergo: ex omni maleficio, ſive publicum, ſive privatum, ſive extraordinarium illud ſit, duplex judicium naſci, civile unum, alterum criminale. In criminali quæritur de ipſius maleficii ultione, & publica vindicta expetitur, per accuſationem. Ita ut criminale judicium, & in modo & in fine perſequendi differat à civili. Quoniam criminale per viam accuſationis, & ad publicam vindictam, atque animadverſionem inſtituitur. Civile per viam actionis, & ad finem perſequendi non publicam vindictam, aut animadverſionem, ſed commodum pecuniarium, partis privatæ:

Digitized by Google

vatæ: nam inibi partes ſibi aliquid adjudicari petunt. Sicque ex modo perſequendi, & concluſione non difficulter metiri quimus, an civiliter vel criminaliter agatur. Unde & cauſa criminalis, haut præjudicat civili: nec una alteram abſorbet. Indeque fur, qui ſuſpendio affici debet; nihilominus res ſubtractas, vel earum æſtimationem, cum eo quod intereſt, reſtituere tenetur. v. Rol. à valle. *conſ. 30. vol. 2.* De foro autem in delictis ſortiendo, variæ quæſtiones moveri ſolent. *Sic quòd capitaneus Guerræ, poſſit punire teſtem provincialem, coram eo falſum deponentem,* decidit Peguera. *deciſ. 60. An Baro, cui non competit aliqua qualitas, tribuens ei Juriſdictionem erga aliquem delinquentem alterius Baroniæ, poſſit illum capere, & remittere ad ſuum Baronem, & Judicem loci delicti.* Peguera. *deciſ. 2. An in una Provincia delinquens, & aufugiens in aliam, ſit in ea Provincia in qua degit ad requiſitionem Judicis loci delicti, capiendus, & per Judicem capientem remittendus, ad d. locum delicti, ut ibi legitimis ſuppliciis ſubiiciatur.* Peguera, *deciſ. 66.* Joſ. Ludovic. *deciſ. 16. An Judex poſſit cognoſcere de delicto commiſſo extra ſuum territorium, etiam cum inſtantia partis: & caſu quo non poſſit, an debeat remittere delinquentem ad Judicem loci delicti.* Peguera, *deciſ. 87. Judex domicilii, an inquirere poſſit de delicto extra territor. commiſſo.* Magon. *deciſ. 70. An deliquens in loco delicti conveniri, & puniri queat. Et utrum index domicilii vel habitationis, ſi hoc ab ipſo poſtuletur, reum ad delicti iudicem hodiè remittere teneatur?* Rauchbar. *1. quæſt. 50.*

5. *Quando civilis, & criminalis quæſtio concurrunt, utra quieſcat, vel prius ſit expedienda?*

QUando inter duos oritur cauſa civilis, & cauſa criminalis, pendente criminali ceſſat meritò civilis, id quod ſancitur. *in l. ult. Cod. d. ord. iudici.* Hincque Marant. *part. 4. diſt. 19. num. 53* ſcribit: Criminalem cauſam, ratione majoritatis & præeminentiæ, præjudicare civili, priuſque expediendam eſſe criminalem. Etenim ut Paul. JC. reſpondet, *in l. 54. h. t. per maiorem cauſam, maiori cognitioni praiudicium fieri non oportet: & maior quæſtio minorem cauſam ad ſe trahit.* Sed hæc res uberiori eget declaratione. Interdum enim criminis quæſtio civili præjudicat, interdum ab ea planè eſt ſeparata. Priori in caſu nemo dubitat, priùs expediendam eſſe criminalem. *per l. adulterii. 33. C. d. adult. &*

l. 6

l. ſi teſtamentum. 6. ubi Bart. *d. petit. hered.* quamvis vel fiſcus, vel tertius moveret actionem criminalem. Sic cùm ego peto à te decem, vel hereditatem, & tu accuſas teſtes de falſo, impeditur per hanc accuſationem curſus, & expeditio cauſæ civilis. Quæ regula iterùm variè explicatur, limitaturque: ut apud Trentacinquium. *2. var. reſol. tit. d. iudic. reſol. 7.* licet videre. Viciſſim tamen, cùm civilis criminali eſt præjudicialis non procedi debet in cauſa criminali, quod *ad d. l. fin. C. d. ord. iudic.* Accurſ. notat. v. gr. Titium adulterii accuſat Cajus, Cajus Titium ſervum eſſe ſuum dicit: hæc civilis diſceptatio præjudicat criminali, & ideoque priùs de civili eſt cognoſcendum. *l. quoniã 6. C. d. adult.* Aliud exemplum habetur, *in l. Præſes. 8. C. d. plagiar.* vide tamen Cujac. *lib. 20. obſerv. cap. 25.* At cum quæſtio criminalis, venit incidenter, ad cauſam civilem principaliter motam: v. gr. actor petit centum vigore inſtrumenti, reus opponit de ejus falſitate, tunc quia quæſtio falſitatis venit incidenter ad cauſam civilem principaliter motam, unâ ambæ ſententiâ terminantur. *l. pen. Cod. d. ord. iudic. l. quod in diem. 7. §. ſi rationem. 1. d. compenſat.* & habetur aliud exemplum, *in l. 1. C. ſi quis aliq. teſtari prohib.* At vero ſi cauſa criminalis à civili eſt ſeparata; ut *ſi Titius contra Caium ageret, mutui actione, Caius Titium homicidii accuſaret, an* itidem *hic prius criminalis ſit terminanda?* quæſtionis eſt admodùm controverſæ adeò ut Trentacinquius neſciat utra opinio magis ſit communis. Lubet hic affirmativè reſpondere. cum *ſupra. d. l. fin. d. ord. iudic.* loquatur indiſtinctè, & ſolum ibi ponderetur majoritas cauſæ, & ut citius terminetur cauſa ardua, nec crimina maneant impunita, arg. *l. cum reis. 18. C. d. pœn.* Et ſanè hoc ni dicamus, hâc in parte nihil ſingulare haberent actiones criminales: nam & in civilibus ſi una abſorbeat alteram, præjudicialis priùs eſt diſceptanda. videri tamen poteſt Ummius. *6. num. 44.*

6. *Momenti & proprietatis quæſtio, à judice ſimul diſceptari, & definiri nequit.*

Dominii partes duæ ſunt, proprietas & poſſeſſio: adeò ut poſſeſſio, vel maxima dominii pars exiſtat. Unde uſusfructus pars dominii eſt; quia poſſeſſionem habet, quæ eſt potior vel melior pars, vel effectus dominii, qui ſenſus eſt *l. 4. d. uſufr.* Noſtri quoque JCti *in titulis de rerum diviſ. l. 1. d. acquir. poſſeſſ. l. ex hoc*

Digitized by Google

hoc iure d. iuſt. & iur. putant, ex occupatione & poſſeſſione originem dominia cœpiſſe. Ea propter in dubiis cauſis, ex poſſeſſione dominium præſumi ajunt, *l. ſive poſſidetis. 16. C d. prob.* & dominium non magis à poſſeſſione ſeparari, quàm rem à cauſa, fine, materia, & effectu ſuo, probat David de Argentè, *lib. ſing. notar. iur. ſelect. à pr.* Hæc omnia autem vera ſunt in concreto, ſeu in ipſo rerum uſu, jure & ſitu, Non ſic in litibus: quia lis de poſſeſſione ſeparatur à cauſa proprietatis, Prætorque in interdictis, ſeu judiciis de poſſeſſione, non de dominio quærit, ſed de poſſeſſione tantum, vel adipiſcenda, vel retinenda, vel recuperanda. Idcircò in iis nec agendum, nec probandum, nec pronuntiandum eſt de proprietate, ſed de poſſeſſione: ut hoc tantum intelligatur, ad quem ex litigatoribus interim ea magis pertinere videatur. *l. 1. §. 1. infr. d. itin. actluve privat.* Horum occaſione graviſſima controverſia oritur: *An vindicatio cum interdicto, petitorium cum poſſeſſorio, cumulari iungive queat?* Petitorium & poſſeſſorium, ſimul poſſe cumulari, generaliter affirmat Petrus, & cum eo Gloſſatores vetuſtiſſimi, ut & Dd. recentiores plerique omnes. Vid. omn. Dn. Rut. Rulandum. *tr. d. articul. lib. 4. cap. 4.* Ac argumentantur à partium enumeratione. Primò in retinendæ interdicto, *ex l. naturaliter. 12. §. 1. d. acquir poſſeſſ.* Secundò, In adipiſcendæ interdicto, *ex l. 1. §. 1. infr. quod legator.* Tertio, in recuperandæ interdicto, *ex l. cum fundum. 18. §. ult. d. vi armat.* Cui & Cujac. aſſentit. *lib. 2. obſ. 35. ut & lib. 7. obſ. cap. 38.* In contrarium, non poſſe petitorium cum poſſeſſorio cumulari, generaliter ſcribunt Azo, Johannes & multi alii, tùm vetuſti, tùm novi Gloſſatores, ac quoque Donell. *ad l. incerti. C. d. interd.* David Argentè. *d. l. f. 83. & ſeq* Ummius. *diſput. 6. theſ. 45.* A. Matth. *diſput. 5. theſ 8.* Quæ ſententia juri civili magis conſentanea videtur. Hoc enim vult, rejectâ cumulatione, prius de interdicto cognoſci, & ſtatui, ac petitorium differri, ne partes veniant ad arma, *in l. ſi de vi, 37. h t. a.* ubi de vi ſeu poſſeſſione, tùm de proprietate quærebatur, & JC. ait: prius de vi & poſſeſſione cognoſci, decidique oportere. Idem nominatim eſt ſancitum. *in l. incerti. 3. C. d. interd.* ubi ſimul ortâ proprietatis & poſſeſſionis cauſa prius eſt agenda, petitorio ſuſpenſo. Item *in l. ordinariis. 13. C. d rei vind.* Nam ea de vindicatione accipi debet, ut ad ſuum titulum pertineat: ibi igitur ceptâ vindicatione, ſeu petitorio judicio de mancipiis, dicitur prius

de poſſeſſione eorum ſtatuendum eſſe. In his omnibus locis, & proprietatis & poſſeſſionis quæſtio ſimul orta & à litigatoribus propoſita fuerat, nihilominus præcipitur, & tractari prius, & definiri poſſeſſorium, petitorio omiſſo. Quod idem apertè firmat. *l. exitus. 35. d. acquir poſſeſſ. l. un. C. uti poſſidetis.*

Nec hîc conturbari debemus *ex l. natural. 12. §. nihil commune. de acquir. poſſeſſ* cùm ait: qui cæpit vindicare, agere poteſt interdicto uti poſſidetis, & propoſita vindicatione, actor non renuntiavit interdicto, ſed poteſt ad illud reverti. Nam ſubjicies ex aliis legibus, interim dilatâ & ſuſpensâ vindicatione proprietatis, quæ non diſceptatur, niſi poſt interdicti quæſtionem. Similiter in *l. cùm fundum. 18. §. ult. d. vi arm.* cùm dicitur, qui cæpit vindicare, poteſt experiri interdicto unde vi. Adde: petitorio ſuſpenſo. Nam prius debet tractari & definiri cauſa interdicti & poſſeſſionis, ut expreſſè dicitur *in l. 3. C. d. interdict.* Manet ergo hoc ratum: quod ceptâ lite proprietatis, poteſt agi quolibet interdicto: ratum etiam eſt illud, quod propoſito interdicto, ſileat ac quieſcat lis de proprietate, atque ſuſpendatur, donec poſſeſſorium fuit planè finitũ, & traditum executioni. Ac demùm *à poſſeſſorio, an ad petitorium tranſiri queat?* diſcutit Schæfferus. *1. qu. 45.*

7. *In rem actio ubi exerceri debeat, an ubi res eſt conſtituta, vel ubi poſſeſſor domicilium habet?*

CONſideratio poſſeſſionis & dominii, tanquàm quæ ſunt ſumma rerum adjuncta, ex hominum impoſitione ipſis accedentia, JCtis propria eſt; quod de his inter homines controverſiæ maxumè exiſtant, ut & de iiſdem actiones ſive judicia prodi fuerit neceſſe. Hinc actio in rem, omnis eſt vel de ejus poſſeſſione vel dominio, aut certè utroque ſimul. De qua actione dubitari interdum contingit, ubi & coram quo judice ſit exercenda. Et quidem de vi, ac poſſeſſione, ſeu interdicto unde vi, civilis controverſia eſt: (nam & ex l. Julia de vi, publicum criminale judicium inſtitui poteſt) uti Cujac. docet *5. obſ. 15.* tunc autem ſi civiliter agitur, provinciæ Præſes, in cujus territorio & juriſdictione prædium eſt ſitum, cujus poſſeſſio per vim eſt ablata, de vi & interdicto cognoſcet. Hic enim ſenſus eſt, *l. unic. C. ubi d. poſſeſſ. agi oport.* quam rectè Donell. *17. com. cap. 17. de* civili judicio exaudit. Ubi ita reſcriptum invenimus: Quando vis facta dicitur (poſ-

(poſſeſſioni videlicet) atque momentaria poſſeſſio repetitur, aut poſtulatur contra eum, qui eam uſurpavit, adire oportet judicem loci, in quo poſſeſſio eſt ſita. Ad eum enim judicem pertinet vim cohibere in ſuo territorio factam, & celeri reformatione momentique judicio, poſſeſſores in ſuo ſtatu & loco tueri. Namque territorium dicitur à terrendo, & ſubmovendo malè attentata, vimque & turbationem omnem. Et quamvis *d. l. un.* loquatur tantùm de interdicto unde vi, ſeu de poſſeſſione per vim ablata, ut oſtendunt ea verba: *momentaria poſſeſſio, momenti iudicium, celeris reformatio, &c.* quæ frequentius reſpiciunt interdictum recuperandæ poſſeſſionis per vim ablatæ ut & notat Vultei. *ad l. un. C. ub. d. poſſ. num. 31.* nihilominùs tamen, rectè ad alia poſſeſſoria quoque refert ibi Vultejus, quæ hic dicimus de recuperanda. Ea autem *lex unic.* obtinet, quamvis invaſor & turbator poſſeſſionis, non ſit ejus Provinciæ vel Juriſdictionis, ubi poſſeſſio eſt ſita, in qua vim & turbationem facit: nam aliàs ſtulta & inanis dubitatio foret, *in d. l. un.* ſi res, poſſeſſioque turbata, vel ablata, nec non reus ipſe turbator eſſent ejuſdem territorii & loci. Hic enim alium quàm loci judicem adire, malè, niſi communi ſenſu carens, dubitaret. Hæc verò alioquin ſatis certa, conturbantur *ex l. 2. C. d. interdict.* ubi Præſes de interdicto, ſeu poſſeſſione non cognoſcit in reum, qui ſuæ Provinciæ non eſt, ergo turbator poſſeſſionis, qui eſt alieni fori, coram ſui fori judice convenietur, non coram judice loci, ubi res eſt ſita: contra id quod definivimus, ex *d. l. un. C. ubi de poſſ.* quod & ſentit Cujac. *5. obſ. cap. 19.* Ego ſemper in iſtis ambiguitatibus inſpicio legem, quæ continet regulam, magis receptam & uſitatam: locum verò ei contrarium, alio flecto & detorqueo, ad ſuum caſum ſpecialem. Ideoque dicendum hîc videtur, quod ejus *l. 2* ſpecies ſit de eo præſide vel judice, in cujus territorio vel præſidatu, neque res & poſſeſſio eſt, neque reus turbator poſſeſſionis: tunc namque Præſes Provinciæ in iſtum, qui ſuæ haut eſt juriſdictionis non cognoſcit. Idque & Bald. ſenſiſſe videtur, & approbat Argentè. *notar f. 50.* Et verò, ut Cujac. agnoſcit tantùm domicilii judicem, ita Donell. *d. c. 17.* aſtringit actorem, ad locum rei ſitæ, nec in actoris arbitrio relinquit, convenire actorē in loco rei ſitæ, vel domicilio rei, quâ de re *in ſeqq.* agetur. Quemadmodum verò, cum agitur de poſſeſſione, liberum eſt actori, convenire reum,

 vel

vel in loco domicilii vel rei ſitæ; ita pariter & hoc dicendum eſt, in actione, quæ de dominio ſeu proprietate movetur: quæ per eminentiam actio in rem appellatur, eò quòd dominium majus quid ſit, & dignius poſſeſſione. Actionem in rem ſingularem, ſeu vindicationem eo in loco, ubi res eſt conſtituta, inſtitui poſſe, dubium eſt nullum, ſive poſſeſſor ibi domicilium habeat, ſive non. *l. f. in f. in C. ubi in rem act.* ubi Vultejus. *& in l. 38. ff. h.* adeò ut etiam honore ſuperior, ratione rei ſitæ, forum inferioris agnoſcere cogatur, ut docet Hillig. ad Donell. *17. cap. 17. lit. A.* Quamvis Cujac. & quoque Lyclama *4. membran. 3.* diſſentiant, ac ad locum domicilii actorem ſemper aſtringant. Communiter quoque Interpp. à quib. etiam non diſcedit Duaren. *h. cap. 12.* cenſent: ſi alibi, quàm in loco rei ſitæ, domicilium habet actor, in arbitrio actoris eſſe ſitum, in utro experiri malit, ut conventus in uno, ad alterum revocandi non habeat poteſtatem. Donellus, quod jam dixi, ut in poſſeſſorio, ita & hîc, diſſentit: nec aliter niſi ex prorogatione, reo nimirum in eam juriſdictionem conſentiente, extra locum ubi res exiſtit, conveniri non poſſe putat. Quæ opinio proſcribitur per *d. l. fin. l un. C. ubi de heredit. agatur. l. 10. & ſequent. infra d. rei vind.* Hâc tamen in quæſtione non eſt ſingularis Donellus ut Vultejus putat, ſed aliquos habet conſentientes, ut Hillig. *l. F.* probat: & cum Donello præter Hilligerum conſentit quoque Zanger. *d. except. part. 2. cap. 1. num. 118. & 284. &c.* Anton. Matth. *diſput. ff. 5 theſ. 9.* At urget Donellus *in d. l. f.* verbum *iubemus:* ita enim ibi loquuntur Imperatores. *Actor rei forum, ſive in rem, ſive perſonam ſit actio, ſequitur. Sed & in locis, in quibus res, propter quas contenditur, conſtitutæ ſunt, iubemus in rem actionem adverſus poſſidentem moveri.* Hîc ait Donellus, jubent Impp. actionem moveri in iis locis, ubi res ſunt conſtitutæ: at quod lege jubetur, non confertur in arbitrium cujuſvis. Sed hic mihi planiſſimus illius legis videtur eſſe ſenſus. Nempe regula traditur, quod regulariter & ſemper actor rei forum, *id eſt,* locum, ubi domicilium habet, ſequi teneatur. Huic regulæ ſubjiciunt Impp. declarationem, nempe quod etiam in loco rei ſitæ, ſi in rem actio intentatur, illa moveri poſſit. Sicque jubetur ibi reus reſpondere, non ibi cogitur egere actor. Aſt huic textui non planè confidit Donellus, Ideoque omne ſuæ opinionis fundamentum ponit *in l. 38. h. t. n.* Sic namque ibi in fine ſcribit Licinius

nius JC. *Si autem per in rem actionem legatum petatur, etiam ibi peti debet, ubi res eſt.* Unde hinc infert Donellus, quod peti debet ibi ubi eſt, id ibi peti neceſſe eſt: Verbum namque *debendi*, ſubjicit in jure rem neceſſitati. Atqui dominium ſive proprietas rei ibi peti debet ubi eſt. Fieri ergo nequit, ut alibi petatur. Vultei. qui alias *ad l. un. C. ubi d. poſſ & in l. 1. C. ubi in rem act.* ſolidiſſimis rationibus oppugnat Donellum, tamen *ad d. l. 1. num. 11.* non mihi ſatis fecit; cum ad hanc *l. 38.* ita reſpondet, ſententiam Donelli de jure antiquo veram eſſe. Atqui ad hoc jus antiquum reſpicere hic JC. Et compilatorum noſtrorum indiligentiam hîc arguendam eſſe, qui hoc apud Licinnium inventum reliquerunt, quod tamen jam tempore Juſtiniani immutatum, vel omittere, vel ad illa tempora inflectere debuiſſent. Sanè & hîc ſuccurri poſſe compilatoribus puto, ſi nempe dicamus: itidem & hic ut *in l. fin. C. ubi in rem act.* non arctari actorem ad locum rei ſitæ, ſed potiùs reum ad ibi reſpondendum. Sicque hoc Licinnii reſponſum accipio, ut ſit declaratio ſeu extenſio regulæ vulgaris: quâ dicitur actorem ſequi forum rei, arg. vocabuli *etiam*, quod habet vim amplificandi, ſive extendendi, nullâ quoque aliâ collationis notâ expreſſâ, ut docet Rudinger. *ſing. obſ. cent. 1. obſer. 37.* Et quoque verbum *debet.* interdum exponitur pro poteſt, & ſic ſine neceſſitate. *l. 4.* ubi Gl. & Bart. *d. off. Proconſ.* Mynſ. *conſ. 19. num. 21.* Everh. *in Topic. loco à ſubiect. mater. num. 17.*

Rem ipſam quod attinet, de qua controverſia eſt, cujuſmodi ſit, intereſt nihil, univerſalis an ſingularis ea ſit. *l. unic. C. ubi d. heredit.* ad quam doctè commentatus eſt Herman. Vultejus, ac Lyclama. *4. membr. cap. 5.* An verò *inter mobilem vel immobilem ſit diſtinguendum*, non æque eſt certum. Hacque de re tractat Vult. *ad d. l. 1. num. 16.* Arumæus. *diſp. ad ll. præcipuas. 8. theſ. 4.* Rem verò mobilem in domicilii loco peti poſſe, dubitationem habere non videtur. per *l. 10. & ſeq. infr. d. rei vindic.* Et quod eandem in loco rei ſitæ petere queamus, arguunt. *d. l. quod legatur. 38. h. t. Authent. quâ in provinc. C. ubi d. crim. & l. fin. C. ubi in rem act.* Qui textus in genere de reali actione loquuntur, nec ideoque à re mobili ſeparari debent. arg. *l. d. pretio. 8. infr. d. publician.* Et ita ſenſit Azo. Accurſ. Salicet. Sichard. & alii *ad d. l. fin. C. ubi in rem actio.* Cui opinioni æquitas magna accedit. Convenit enim ut ibi reſpondeat forenſis, ubi rem habet, maxumè cùm ex præſenti poſ-

ſeſſione detur actio realis, *l. 24. h. t.* quàm quod actor, qui rem ſuam præſentem videt, maxumis ſumptibus reum ad locum domicilii ſequi cogatur. Et ſanè fieri poſſet, interim dùm actor judicem domicilii adit, ut reus rem diſtrahat, & doloſè inanem reddat juſtam domini illius rei impetitionem. Hugolinò veteri Gloſſatori, & aliis aliud viſum fuit, nempe Forenſem non teneri reſpondere, cogi tamen ſatiſdare judicio ſiſti, in domicilii loco. Hinc ſi quis Ulmenſis Tubingæ cum equo divertat, qui equus meus eſt, Azo rectè putat, me hìc Tubingæ, Ulmenſem illum, tametſi hìc domicilium ſuum non habeat, rei vindicàtione de iſto equo convenire poſſe, ipſumque hìc cogi etiam invitum judicium ſuſcipere, nec habere poteſtatem, excipiendi contra hoc forum, ac revocandi ad domicilii locum. Quod uſu obſervatur. Quamvis enim regulariter prohibita ſint arreſta. *l. 58. d. re iudic.* Gail. *d. arreſt. cap. 1. num. 7* Peck. *d. iure ſiſtend. cap. 1.* quia ab executione & præcepto non licet judicium inchoare. *l. 1. C. d. execut. rei iudic.* Attamen hoc in caſu conceditur arreſtum, & Ulmenſis equus hìc arreſtatur, illudque arreſtum non illicitum reputatur: cùm non reſpiciat executionem; ſed eam potiùs partem, quæ eſt de in jus vocando. Et hinc arreſtum hoc, non ſolvitur cautione de judicio in domicilii loco ſiſti & judicatum ſolvi, ſed realis cautio neceſſaria eſt, cogitur ſcil. equum hìc Tubingæ dimittere Ulmenſis, & coram Tubingenſi magiſtratu reſpondere.

Econtra Hugolinus & ſequaces putant, in ſupra dicto caſu, Ulmenſi conceſſum eſſe fori præſcriptionem, ſive jus ad domicilii locum revocandi: ita tamen, ſi non ſit de fugâ ſuſpectus, & hìc coram judice competenti ſatiſdet, quod ſeſe Ulmæ judicio ſiſtere velit. Quod ſi de fuga ſuſpicio eſſet, arbitrantur equum hic Tubingæ ſequeſtrandum eſſe, interim dùm de equo Ulmæ diſceptatur. Hancque ſuam ſententiam probare conantur per *l. 16. inf. d. offic. Præſid. & l. 7. §. fin. qui ſatiſdare. cog* quarum illa de ſpeciali loquitur caſu, nimirum de comitibus Præſidum, hæc de caſu, ubi lis non eſt cum forenſi: Sed ſi v. gr. Tubingenſis cum Tubingenſi litiget, de re mobili, & reus conventus ſuſpectus ſit de fuga, tunc res ſequeſtrari poteſt, ut reſpondetur in *d. l. 2.* quæ deciſio non infringit ſententiam Azonis, cùm termini ſint diverſi. Eſt autem circa hanc eandem quæſtionem adhuc alia opinio, quam Petrus de Bellapertica, Cynus, Bart. & Joh. Faber. *ad d. l. fin. Cod. ubi in*

remaſt. amplectuntur: nempe ſi res mobilis in locum aliquem ſit delata, eo animo ut ibi maneat, idem juris eſſe in ipſa quod in re immobili, atque tùm procedere ſententiam Azonis; ſin autem non ſit eo animo illuc delata, ſed vel tranſitura, vel cuſtodiæ cauſa ibi exiſtat, non poſſe eo loco vindicari: ita ut tùm procedat ſententia Hugolini. Sed nec hæc diſtinctio eſt approbanda: cùm nullo jure ſit ſuffulta, nec deciſiones juris ſimplices & uniformes, fictis, variiſque diſtinctionibus, multiplices & variæ reddi debent.

8. *An & quatenus locus contractus, fundet juriſdictionem?*

UNuſquiſque ibi conveniri debet, ubi contraxit, etiamſi non ibi degat, *l. 2. §. 4. l. 19. §. 1. 2. l. 36. §. 45. h. t n. l. 1. & 2. C. ubi de ratiocin. cum ſimil.* Cæterùm non modo contrahens conveniri poteſt in loco contractus, ſed & hæres ipſius. *d. l. 19. in princ. h. t. n.* Eſtque locus contractus is, ubi quid promiſſum eſt dari, ſeu in quo ſolutionem fieri convenit, licet contractus alibi fuerit celebratus, *l. 21. d. obligat. &c. l. 1. 2. 3. d. reb. auct. iud poſſ. l. 19. §. ult. h.* Quod ſi verò nihil de eo dictum ſit expreſſè, locus contractus is intelligetur, ubi negotium eſt geſtum, *d. l. 19. in pr. § 1. & ſeq.* non etiam ubi confectum eſt inſtrumentum contractus: facit *l. 65. h. l. 38. d. obl. & act.* niſi ut contractus in ſcriptis fieret, placuiſſe probetur. fac. *pr. Inſt. d. empt. vend.* Quod ſi viator, vel alius, in tranſitu quid emerit vel vendiderit, termino ei à creditore ad ſolvendum dato, non videtur in loco contractus conveniendus etiamſi reo adventante, in eo loco reperiatur. *d. l. 19 § 2. h.* Cujac. *11 obſ. 13.* niſi alia fuerit contrahentium mens: veluti, ſi venditor ſpe præſentis pecuniæ vendiderit; emptor autem non ſoluto pretio, rem alienam domum aufferre velit. *l. 25. & 39. §. 1. h.*

Hic autem generaliter eſt ſciendum, nullum debitorem in loco contractus conveniri poſſe, niſi & ibidem reperiatur. *cap. 2. §. contrahentes d. foro compet. in 6.* Coler. *d. proceſſ. executiv. part. 2. cap. 1. numer. 36. & ſeq.* Gail. *2. obſ. 36. num. 14.* vid. Juſtum Majer. *diſp. ff. 5. tit. 1. theſ. 223. & ſeqq.* Nec ergo hic quod in delictis fieri ſolet, remiſſio locum habet, ut communiter obſervari atteſtatur Gail. *l. 1. d. P. P. c. 16. num. fin.* Sicut enim in civilibus cauſis, quis de domo ſua invitus extrahi non poteſt; ita multò minùs de provincia

fundata, appellatio tamen non eſt prodita in jure civili, quo verbum prorogare ſoli tempori videtur accommodatum. *l. 25. §. 1. ſupra. d. arbitr. l. 113. d. V. O.* ut quidem ſentit Vultei. *ad l. 1. Cod. d. Juriſd. num. 65.* Quæ materia cùm ſit admodum frequens, & neceſſaria ſcitu, pauca de ea hic dicere lubet. Ac item videri hâc de re poteſt Speckhan. *1. quæſt. 89.* Qui idem *lib. eod. quæſt. 57.* docet, *Quomodò privilegio fori, renuntiari queat?* Ac *an promittens ſtare præceptis & mandatis iudicis, cenſeatur prorogare iuriſdictionem*, enodat Roſacorb. *cap. 69.* Juriſdictioni autem aliquis ſubjicitur invitus, quando forum eſt competens: vel volens, cùm conſenſu litigantium extenditur juriſdictio ad eum, coram quo aliàs reus reſpondere haut cogebatur. Utrumque fit auctoritate legis, hoc quidem permittentis, illud jubentis.

Cæterùm cum ejus quod non eſt, nullæ ſint qualitates, prorogatio hæc non fit, niſi jam ante juriſdictio aliqua exiſtat. Si namque nulla adſit, ea prorogari nequit, quod innuit Ulpianus *ſupr. alleg. l. 1. ibi:* & conſentiant in eum qui juriſdictionem habet, ut & latius docet Zaſ. *in l. ſi per errorem. num. 5. ſupra. d. iuriſd.* Sanè cum Juriſdictio publica ſit poteſtas, eam conſenſus privatorum tribuere nequit. Sed arbitri fiunt, non Judices prorogati, quibus cauſas ſuas privati committunt decidendas. Ergo hîc primùm pro definitione eſt tenendum, ordinariam juriſdictionem regulariter prorogari poſſe, quod pro more multis allegatis confirmat Schrader. *tr. feud. part. 10. ſect. 3. num. 96.* ubi addit, hoc verum eſſe, etiamſi judex ille ordinarius, non habeat tribunal ſuorum majorum, nec etiam territorium, quemadmodum ſunt Academiæ Rectores. De delegata juriſdictione, id communiter negant, tam de jure Canonico quam civili: quamvis diſſentiat Donellus, quem refert Dn. Bocer. *d iuriſd c. 7. num. 20* eò quod delegatus propriam non habeat juriſdictionem, *l. 1 §. 1. ſupr. d. off. eius. cui mandat. eſt iuriſd.* & ea quam accepit, ſit limitata. Ideoque invito eo, à quo juriſdictionem habet, illam extendere nequit: nam ad prorogationem neceſſarius eſt judicis quoque conſenſus, cujus juriſdictio prorogatur, huncque conſenſum delegatus impertiri nequit. Nec obſtat. *l. 2 §. ſi & iudex. 2. h. t. n.* ubi reſpondet JC. *ſi iudex ad tempus ſit datus, & omnes litigatores conſentiant, quod tempora; intra quæ iuſſus eſt litem dirimere prorogari poſſint, niſi ſpecialiter Principis iuſſione prorogatio inhibeatur.*

tur. Nam ibi ſermonem eſſe non de quovis,ſed Principis tantùm delegato,argumēto mihi eſt exceptio ſubjecta: quæ cùm de Principe loquatur, talis etiam debet eſſe regula, cùm conveniat exceptionem de regula eſſe. Principis verò delegatus, collatus ad alium delegatum, alius quodammodo eſſe, & jurisdictionem propriam habere videtur: Indeque ſubdelegandi poteſtas ei eſt conceſſa. Magon. *deciſ. 9.* Ex quo tamen non eſt inferendum, jurisdictionem etiam delegati Principis, extra hunc caſum prorogari poſſe, eò quòd hoc jure cautum non inveniatur. Hinc deciſum invenimus, Commiſſariorum ab Imperatore impetratorum jurisdictionem, prorogari non poſſe: eò quod jurisdictio illa non ordinaria ſit; ſed delegata. Mynſ. *obſ. 52. cent. 2.* Gail. *1. obſ. 33. num. 3. & obſervat. 35.*

At verò nec prorogata jurisdictio aliter locum habet, niſi cauſa, de qua agitur, ejuſdem ſit qualitatis, quod eleganter hiſce verbis expreſſit Azo. *ad l. 1. C. d. iuriſd.* Cùm ſit, inquit, prorogatio de perſona in perſonam, poteſt fieri tantum in his cauſis, quæ pertinent ad jurisdictionem judicantis. Ita ajunt Magiſtratum criminibus conſtitutum, non poſſe etiam ex prorogatione judicare de civilibus cauſis. arg. *l. 61. in f. h. t. n.* Quomodo etiam fit, ut ejus qui cauſarum civilum cognitionem habet, jurisdictio non prorogetur, in cauſis ſtatum hominum concernentibus; tametſi & illæ ſint civiles: cùm ſcil. cauſæ illæ habere debeant judices majores. *l 32. §. de liberali. 7. ſupra. d. arbitr. & l. 2. C. d. pedan. iudic.* Sicque non poteſt prorogari jurisdictio judicis appellationis, judicis feudalis, &c. An autem idem ſit, *ſi quis certo generi cauſarum iudex ſit conſtitutus, puta mercatura &c. num iudicis illius, hoc cauſarum genere circumſcripti iurisdictio, ad cauſas etiam alias, quàm mercaturam concernentes, prorogari queat?* quæſtio eſt anceps. Dd. vulgò in proroganda jurisdictione, deſiderant eandem qualitatem cauſæ cum cauſis, non item Cujac. *tr. 7. ad Afric. in pr.* & cum eo Gothofr. *in l. 2. ſub. lit. h. h. t.* ac Dn. Bocerus, *d. c. 7. num. 42.* Controverſia in eo conſiſtit, an in *l. ſi per errorem. 15. & in l. ſi convenerit. 18. d. iuriſd.* item in *l. 2. h.* illa verba, *alius pro alio iudex*, v. gr. Prætor urbanus pro Provinciali, an verò tutelaris pro fideicommiſſario intelligatur. Cujac. urget verborum generalitatem. Et pro ejus opinione eſt textus *in l. 1. C. d. iuriſdictione.* ubi jurisdictio Procuratoris Cæſaris prorogari poteſt,

qui

qui tamen tantùm inter fiſcum & privatum jus dicebat. *r. t. ubi cauſ. fiſcal. & l 2. Cod. ſi adverſ. fiſc.* Ideoque quod in proroganda juriſdictione, deſiderant Dd. omnes, eandem cauſarum qualitatem, hoc pertinet ad illas generales & ſummas qualitates, quæ faciunt certa genera cauſarum, nempe quod cauſæ quædam ſunt criminales, quædam civiles, quædam Eccleſiaſticæ, quædam ſeculares, quædam feudum, quædam allodium concernunt, quædam primæ, quædam ſecundæ inſtantiæ ſunt, &c. At verò cùm in cauſis civilibus ſpeciales iterum ſunt qualitates, quibus inter ſe diſtinguuntur, illæ non impediunt prorogationem. Quod eleganter explicat Caſtrenſ. *in l. teſtamenta omnia. num. 2. infra. d. teſtam.* cùm ait: de criminalibus ad civiles prorogationem fieri non poſſe; ſed tamen in civilibus, & in eodem juriſdictionis genere, de gradu uno ad alium, prorogationem fieri ritè. Olim itidem quilibet poterat prorogare Juriſdictionem, in perſonalibus & realibus actionibus, nec opus erat conſenſu judicis competentis, cujus forum præteritur. Vult. *ad l. 1. C. d. juriſd. num. 119.* ideoque competens judex litigatoribus inhibere nequit, quò minùs prorogent aliûs juriſdictionem. Vult. *num. 166.* Id ut dixi olim de jure Romano veriſſimum erat: & contrariis reſpondet Arumæ. *diſputat. ad ll. pracip. theſ. 2.* propterea quia omnium Judicum & Magiſtratuum juriſdictio non ipſorum propria, ſed Imperatoris erat. At verò mutatâ hodie Reipublibæ formâ, & cuilibet ſtatui, juriſdictione jure patrimonii ſingulatim conceſſa, prorogationem vel ceſſare, vel invitô ſuperiore fieri non poſſe putarem, quod & poſt Capyt. placuit Grævæo. *1. concl. pract. 40. num. 11.* Intereſt enim ſuperioris, ne ſubditus ſuus ab alio judicetur. Maranta *part. 4. diſt. 12. num. 25.* quemadmodum intereſt domini feudi, ne vaſallus ipſo invito, in judicis alterius quoquo modo conſentiat juriſdictionem: quod ſi faciat vaſallus, domino poteſtas eſt avocandi. Gail. *1. obſ. 40. num. 45.* Ut & hoc eſt indubitatum, quod ſi qui privilegium habent fori, non tam ſuo, quàm judicis ſui competentis favore, tunc prorogationem ſine licentia ejus fieri non poſſe. ut *d. l.* Gailius notat. vid. Vultejum. *ad l. 1. numer. 118. Cod. d. juriſd.* Thom. Michael *d. juriſd. theſ. 148.* Ziegler. *ad Calvol. fol. 185. &c.*

Digitized by Google

10. *Quatenus quis ab incompetente Judice citatus, comparere teneatur?*

CElebre eſt Ulpiani reſponſum, *in l. 5. h. t. n.* ubi ait: *ſi quis ex aliena iuriſdictione ad Prætorem vocetur, debet venire. Prætoris enim eſt æſtimare, an ſua ſit iuriſdictio; vocati autem non contemnere auctoritatem Prætoris.* cui conſentit Paul. *in l. 2 ſi quis in ius voc. non ierit.* Ex quacunque, ait, cauſa ad Prætorem, vel alios qui juriſdictioni præſunt, in jus vocatus venire debet, ut hoc ipſum ſciatur an juriſdictio ejus ſit. Ac inde tralatitium eſt, ſi Prætor incompetens, ſe pronuntiet competentem, quod tum ſententia tranſeat in rem judicatam, niſi provocatio interponatur. Guido Papæ, *decis. 10* ubi Ranchin. *in adnot.* Hondedæ. *conſult. 27. num. 20. vol. 1.* Nec abſonum eſt, Prætorem de ſua cognoſcere juriſdictione; cùm & magiſtratus, ſi ipſi officii contemplatione injuria ſit illata, eam vindicare poſſit: Bart. *in l. abſentem. §. fin. d. pæn.* At quid dicendum erit *ad l. ult. ff. d. iuriſd.* ubi itidem JC. Paulus ſancit: *Extra territorium ius dicenti, impunè non pareri.* Et idem eſſe, ſi quis ſupra juriſdictionem ſuam jus dicere velit. Aliud autem eſt impune non parere, aliud venire debere. Nec abſimilis eſt *l. 1. in fin. & l. 2 ſupra. ne quis eum qui in ius vocabitur vi exim.* ubi habetur: non delinquere eum, qui eximit aliò quàm quò debuerat in jus vocatum: etenim qui vocat, non qui eximit, delinquere videri. Difficultatem hâc ſequenti perimunt diſtinctione, Alberic. de Roſat. Buſius, & alii *ad d. l. 5. h. t. n.* Everh. item Speckan. *1. quæſt. 58.* Roſacorb. *cap. 99.* Vocatus à Prætore, ſi dubitetur, num ipſius ſubſit juriſdictioni, venire debet. v. g. ſi quis juriſdictioni alicujus ipſo jure ſubeſſet., ſed per privilegium ſit exemptus: Sanè tunc venire debet, privilegium allegaturus; quia non eſt juriſdictio judici adempta omninò, ſed potius jure fundata, quæ demùm adimitur per exceptionem. Sic, Würtembergici Cives contra Rotvvilenſe dicaſterium ſunt privilegiati, ut docet Wehner. *tomo ſymphorem. ſupplici. 6. c. 4. lit. VV. f. 126.* Sed ſi citentur venire debent & petere avocationem, Sie müſſen ſich abfordern laſſen / Mynſ. *cent. 6. obſ. 7. ſub num. 7.* hoc namque ſi non faciant, adverſus eos juris ordine procedi ſolet. At ſi poſtmodùm conſtiterit, aliquem de juriſdictione vocantis non eſſe, & nihilominus Prætor jus reddere perrexerit: aut ſi forum plane incom-

incompetens exiſtat; v. gr. ſi judex extra territorium jus dicere velit, tunc vocatio negligi poteſt, & impune ei non paretur. Iiſque in caſibus in contumaciam ſi procedatur, nullitatis argui ſententia poteſt: Maximus namque defectus eſt juriſdictionis, nec judicatum dici poteſt ab eo, qui non habuit jus dicendi, *l. 1. § fin. infr. ad SC. Tertull. l. 1. §. hac autem verba. ſupr quod quiſque iur.* adeò ut nullitas hujuſmodi ſtatutô vel ſub aliâ diſpoſitione nullitates rejiciente, non comprehendatur. Vantius. *d. nullit. c. de null. ex defectu iuriſd. à pr.* Imò qui aliquem in vetitum traxerit examen, cauſa cadit, *l. in criminali. 5. C. d. iuriſd.* & ſic ille, qui convenit aliquem coram judice non competente, vel ordinariè litigando, vel ſententiæ alicujus aut Inſtrumenti executionem petendo, ſi ſit actor, à jure ſuo cadit; ſi reus pro confeſſo habetur. Quæ juris ſanctio licet ſecundum Caſtrenſem non practicetur, quod tamen poſſit practicari, quia non eſt abolita per non uſum, Trentacinquius atteſtatur. *lib. 2. t. d. iudic. reſol. 8.* Notanter & hoc Dd. noſtri docent, quoties de juriſdictione; uti dominio (quemadmodum hodie juriſdictio ferè ubique locorum patrimonialis eſt facta) quæritur, jure forum declinari, nec cogi partem ut audiat ſententiam in competentiæ puncto. Panorm. *in c. cæterum. col. ult. ex. h t.* ea ratione, quòd quis judex in propria cauſa foret. Ex eodem fundamento, ſi quis tanquam vaſallus, ſuper caducitate. v. g. à Domino conveniatur, & conventus neget ſe vaſallum eſſe, hujus exceptionis cognitionem ad ordinarium judicem ſpectare. latè Roſenth. *d. feud. c. 12. concl. 9. & ſeqq.* docet, ac etiam Menoch. *d. ret. poſſ. remed. 3. num. 429.* tradit, id procedere non ſolùm quando conſtat reum non eſſe vaſallum, ſed & quando ſuberat probabilis ratio, quod eſſet vaſallus; quia nihilominùs, ſi neget rem eſſe feudalem, ad ordinarium ſit remittendus.

11. Judex nequit eſſe octodecim annis minor.

SUnt hâc de quæſtione diſſentientes & ad ſpeciem pugnantes leges, ac proindè etiam contrariæ Interpretum noſtrorum opiniones: Recentiores eam tractant per oppoſitiones & reſponſiones. Bronchorſt. *1. ενανt. c. 65.* Arum. *diſp. ad leg. pracip. 7. theſ. 7.* Lubet more vetuſtiorum, procedere per declarationes, ampliationes

tiones & limitationes: hac namque ratione apparebit, morem docendi antiquorum, æquè ac recentiorum conferre ad diſputandi ſubtilitatem, æquè ac modernorum contraria reſecare, & in eo maxumè præſtare, quod non ſolum utilis eſt ad theoriam; ſed & abſque eo nil feliciter in praxi peragi poteſt. Regula ergo ſit, octodecim annis minorem, judicem eſſe non poſſe, 18. annis majorem poſſe. Judicem voco, judicem delegatum, non ordinarium ſeu Magiſtratum. Probo hoc *l. quidam. 57. d. re iudic.* ubi reſpondetur, valere ſententiam quam protulit 25. annis minor, ſi modo habeat 18. annos, quæ ætas in jure vocatur plena pubertas. Ergo contrario colligo ſenſu, minorem 18. annis, nullam validam ſententiam pronuntiare. Cujac. *libr. 17. obſer. cap. 30.* Et cùm ejus ætatis poſſit pro aliis poſtulare, & de jure reſpondere, *l. 1. §. initium. 3. ſupra d. poſtulando.* cur non etiam poſſit judicare? Ampliatur hæc regula, quod adeò queat major 18. annis judex eſſe, & ut valeat ſententia ab eo prolata, ut contra illam reſtitui non poſſit: hoc enim caſu reſtituerentur litigantes, non judex, contra *l. 23. ſupr. d. minor.* Declaratur hæc regula; ut minor quidem 25. annis, ſi compleverit decimum octavum annum, judex eſſe poſſit, non tamen judex eſſe cogatur. *l. cum lege. 41. ſupr. d. recept. arbitr.* & in hoc differt à majore, qui invitus cogitur judicare. *l. 13. §. qui. 2. & §. ſeq. d. vacat. & excuſ. muner. l. unic. C. qui pro ſua iuriſd. l. 3 C. d. pedan. iudicib.* cum judicare, munus publicum cenſeatur. Varias hæc regula admittit limitationes ſeu exceptiones. Quibuſdam in caſibus minor 18. annis judicare poteſt, quibuſdam in caſibus econtra requiritur, ut compleverit 20. vel 25. annos.

Minor octodecim annis judicare poteſt, ſi à Principe ſit datus: videtur enim ſimul veniam ætatis conceſſiſſe, defectumque hunc ſuppleviſſe: quod & fit ſi in eum conſenſerint partes. *d. l. quidam. d. re iudic.* Donell. *17. com. cap. 24.* modò non ſit impubes. argum. *l. 12. §. non autem. hoc tit. noſtr.* qui natura prohibetur. Eandem propter rationem ordinarius judex, ſeu Magiſtratus eſſe poteſt minor 18. annis. *l. 1. d. off. conſul.* & ibi Coraſius. cum Princeps concedendo ei Magiſtratum, unà videatur decreviſſe, omnia ab eo facta valere. Nec quoque dici debet, Principem Magiſtratum dediſſe, qui non poſſit vel debeat judicare. arg. *ſæpe d. l. 57. d. re iudic.* & dixi *tract. d. Magiſtrat. fol. 179. num. 4.* licet diſſentiat

Obem.

Ohem. *diſcurſ. iuridico pol. d. conſul. c. 2. num. 34.* Econtra anni 20. requiruntur, nec ſufficit plena pubertas, in arbitro per compromiſſum dato. *d. l. cum lege. d. arbitr.* Quamvis enim is judici comparetur, *l. 1 ſupra d. arbitr.* majus tamem periculum in arbitro, quàm judice ſubeſt. Etenim ſtari debet ſententiæ arbitri, etiamſi illa fuerit iniqua: adverſus judicis ſententiam recuſatio, appellatio, ſupplicatio ſupereſt. Ac licet conſenſus partium videatur ſufficiens eſſe, huncque ſupplere defectum: lex tamen cavet prohibetque, ne quis re ſua malè utatur. vid. tamen D. Winther. *de Aſſeſſor. cap. 5. num. 17. &c.* Sic etiam minor 25. annis, judex eſſe nequit ſi ſimul habeat adminiſtrationem rerum, ut interdum fieri ſolet. *§. 9. Inſt. d. publ. iudic.* Sicque Decurio creari non poteſt minor. *l. ad Remp. 8. ff. d. muner. l. non tantum. 11. d. decur.* Decurio enim eſt cuſtos, gubernatorque civitatis, & præter ſuffragium, quod in conſilio profert, curam habet adminiſtrationemque patrimonii civitatis. At quomodo debeat quis res & bona civitatis adminiſtrare, qui ne proprio patrimonio adminiſtrando idoneus judicatur? Govean. *ad l. 1. 2. d. iuriſdict.*

12. Cæcus in judicem eligi non poteſt.

MUtus, ſurdus, furioſus judex an eſſe poſſit, nemo niſi ſenſu & ratione privatus ambigere poteſt. *l. 12. l. 46. hoc tit. n.* De cæco dubitari ſolet: cùm ratio magis, quam videndi facultas in judice requiratur, Imò refert Plutarchus. *comment. d. Iſide* de ſimulachro optimorum apud Thebanos judicum; Eos ſine manibus fuiſſe, ut manus contineant à muneribus capiundis. Principem Senatus, ipſum cæcum eſſe, ne affectu quodam moveatur, ſoliſque e ad judicium ferendum auribus utatur, quod & Alciatus eleganti carmine expreſſit, *embl. 144.* Et cæcitas mentis non oculorum, judicium impedit. Nec oculis, ſed mente ac auribus judicatur, affectibuſque cæcus minùs ducitur. Unde Areopagitæ noctu judicarunt. Joach. Steph. *2. d. iuriſd. 8. num. 9.* M. Steph. *1. d. iuriſd 11. in fin.* Cæcum puto, ſi hoc vitium ei obvenerit durante munere judiciali, judicandi officiô fungi. *l. 6. h. t.* Ab initio eum in judicem eligi haut poſſe. arg. *l. 1. §. quamvis. 5. verb. ſup. d. poſtulando* Joh. Robert. *3. ſentent. 23.* Buſius. *ad l. 12. h. t. n. 6.* Non audio Duarenum, *1. diſput. cap. 2.* & Donell. *17. com. c. 24.* Qui ajunt, *in l. 6. h. t.* de judice agi, quod nimirum ibi generaliter, indefinitè

definitè ac ſine limitatione dicatur, cæcum judicandi officio fungi poſſe: quodque *lex 1. d. poſtuland.* circa Magiſtratum non judicem ita diſtinguat, ut is retineat dignitatem, cæcus poſt officii demum adeptionem redditus, ad eam adſpirare haut poſſit. Non utor Accurſii erronea reſponſione, qui inter judicandi officium, & Magiſtratum, nil intereſſe exiſtimavit. Sed Reſpond. (1.) *in d. l.* æquè de judice ac magiſtratu quæſtionem motam fuiſſe. Et quod in fine *illius §.* de Magiſtratu per diſtinctionem reſpondetur, ad omnes præcedentes propoſitas quæſtiones trahendum eſſe. Et (2.) Major ratio eſt, quamobrem judicem cæcum ab initio non recipiamus, quàm Magiſtratum. Incumbit enim judici cognitio facti, inſtrumentorum item pondus ac fides, etiam in momentis ſingularum literarum, nonnunquam eſt expendenda: dum nempe comparatio inſtituitur literarum. Ocularis quandoque inſpectio eſt inſtituenda: quæ omnia non uſquequaque requiruntur in Magiſtratu, qui non adeò oculorum ſanorum indiget uſu. Sicque ut tantopere videndi facultas in judice, quàm ſermo auditusque requiratur, quia nullam cognitionis partem ſine his obire poteſt. Unde mutum, & ſurdum omninò inidoneum eſſe; cæcum verò tolerari dixi, ne afflicto afflictio ſuperaddatur. Attamen cùm multa ſint, quæ non benè cæcus judex exequi & excutere poteſt, non ei id muneris deferri debet, ut cui obeundo non omni ex parte par eſſe poſſit. Ac ſic maxumè ex ipſius rei, aut etiam teſtis interrogatione, veritas facti alicujus ſæpe eſt exquirenda, in quo ſanè momenti plurimùm habet inſpectio vultus ejus, qui interrogatur: ſiquidem verè vultum tacitum eſſe mentis ſermonem, & ſenſum animi ſæpius indicare Cicero dixit. *orat. in Piſon.* Donellus porro ait, omnia hæc vel commiſſario vel aſſeſſori committi poſſe. At dico idem adhuc magis de Magiſtratu dici poſſe, & tamen diſtinctio hæc noſtra in eo approbatur à jureconſulto. *in d. l. 1. d. poſtulando.* Nec video quomodo cæcus ad Magiſtratus pervenire non poſſit, quod in Magiſtratu requiratur corporis dignitas & externus ſplendor. *l. 6. in pr. d. munerib.* Rectè etenim docet Robertus, ſplendorem ibi non ſignificare corporis habitum, ſed referri ad facultates & fortunas, ut ſe ſuoſque exhibere poſſit. Quod verò P. Gregor. Tholoſanus ſcribit, *47. Syntagm. 10. num. 20.* cæcum nunquam per ſe actu judicare poſſe, & adſtipulari videtur Matth. Steph. *1. d.*

iurisd.

iuriſd. cap. 17. num. 24. hoc capio de conſuetudine hodierna, quæ ſanè ubique locorum, cæcos non ſolum ab officiis repellit, ſed & rude donat. Sic & cæcus Commiſſarius eſſe nequit, ut notat Ampliſſimus Rulandus. *tr. d. Commiſſar. 1. 29. num. 4.*

13. Olim & judices dati, imperiti juris eſſe potuerunt.

ILliteratus qui ſit, difficile eſt unâ voce definire: cùm in diverſis actibus, diverſa hujus vocabuli expoſitio deprehendatur. Menoch. arbitr. *caſ 452. num. 9. & 15.* In materia noſtra illiteratum intelligo eum, qui juris ſcripti, ſecundùm quod reſpondere tenetur, eſt ignarus; quamvis non rarò ſumatur pro eo, qui nec legere poteſt. Robert. *3. ſent. 3. à pr.* Vulteius. *diſcept. Scholaſt. cap. 8.* Nam ſi politicè quæramus, an tales ad dignitates Magiſtratuum ſint adhibendi? Non vereor cum Ohemio, *diſcurſu de conſulibus. cap. 2. num. 42. &c.* contra Coraſ. *5. miſcell. 19* Robert. *3. ſent. 3.* id affirmare. Quamvis enim dicente Nazianzene, hominem regere, reverà ars artium, & ſcientia ſcientiarum eſſe videatur, cum homo omnium animantium argutiſſimus & verſutiſſimus, ſimul & moribus diverſiſſimus videatur. Et tamen fieri poteſt, ut rerum tractandarum longævo uſu, & experientiâ, aliquis ſibi tum reipublicæ adminiſtrandæ, tum juriſperitiam compararit. *l. certi iuris. 17. C. d iudic. l. expertus. 6. C d Decurion.* Et nemo literatorum, niſi livore occæcatus, negare poteſt, ex idiotis quoſdam nonnunquam deprehendi licere, qui Doctorum virorum prudentiæ non cedant. Talium in omnibus Rebuspublicis exempla plurima reperiri ſolent, quorum diſciplina civilis eſt forum, Magiſter uſus, leges inſtituta Reipublicæ, moſque majorum. ut dixi. *in axiom. de conſilio polit. c. 12. numer. 8.* Prudentia non eſt res præter naturalis: non eſt ut falſò Ariſtoteles putavit, animus noſter tabula raſa, cui nihil ſit inſcriptum, ſed virtutum & prudentiæ ſemina habemus congenita nobis, quorum fructum apud quam plurimos præpoſtera eruditio ſuffocat potius, quàm fovet. Accedit quod in conſilium adhiberi poſſunt Aſſeſſores, juris rerumque ſcientiſſimi, qui Judicibus, Magiſtratibusque ſuâ ſcientiâ ſint adjumento. *l. 1. & t. t. C. d. Aſſeſſor. Novell. 82.* aut ut nunc plerunque fit, recurri poteſt ad conſilium ſapientis. Indeque communiter receptum eſt apud Doctores, literarum quoque

Rrr impe-

Digitized by Google

imperitis cauſas delegari poſſe. Sicque uſu obſervari, ex Alberico & Speculat. Coraſius. *5. miſcell. cap. 19.* refert. Et diſputat Arumæ. *2. deciſ. 2.* *An ſcabinatus, Facultatum item & Collegiorum aſſeſſores, ſententiarum ſuarum rationes reddere cogantur.* vid. New Würtemb. Landtr. *part. 1. tit. 53.* Adducam loco exempli Rempublicam Helvetiorum, quæ floret præ iis, ubi maxima copia ſciolorum, quod nec acutiſſimi negant Galli ut dixi. *d. loc. cap. 13. n. 11.* Eſt enim ratio ſtatûs, minimè Metaphyſica quædam, quod ait Anton. Perez. *in aphor. f. 220. num. 158.* ſeu ſcientia ſpeculativa, aut mathematica, quæ in ſpeculationibus ſeu contemplatione conſiſtat. Ac ſi Barbaros Helvetios quis putet, inſpiciat omnium florentiſſimam, diuque feliciter gubernatam Rempubl. Romanam, quæ ſanè non meros Sulpitios novit, aut Cicerones: novit etiam alios inferioris ſortis Conſules ac Magiſtratus; & ſæpe horum quàm illorum operam experta eſt utiliorem. Ibi quoque militaris ſcientiæ homines, Magiſtratui præfuiſſe, judicandique facultatem habuiſſe, compertum habemus, eoſque nec Imp. *in d. l. certi iuris.* repellit. Cùm tamen hi juris fuerint imperiti, & melius arma tractare quàm leges ſcire præſumantur. *l. fin. in pr. C. d. iure delib. l. regula. 9 § ſi filiusfam. 1. d. iuris & facti ignor. l. 1. C. eod.* Hæc tamen nolim aliquem arripere in contemtum literarum, vel literatorum. Veriſſimum enim eſſe ſcio illud Caſſiodori. *lib. 10. variarum.* Non in mundo poſſe exiſtere aliquam fortunam, quam non augeat glorioſa notitia literarum. Illud tantùm commune dogma oppugno, quo putamus; omnem literatum prudentem, omnem literis carentem, imprudentem eſſe. Sed nunc ad jus theoricum accedo, & puto: jure noſtro, judices quoque datos, imperitos juris eſſe potuiſſe, ut rectè Buſius cenſet. *ad l. 13. num. 88. h.* Nam cognitio iuris, non judicum, ſed Magiſtratuum erat, qui ipſi ex conſilio Aſſeſſorum, judicibus judicandi formulam præſcribebant, quod idem Buſius docet. *ad l. 1. ſupr. d. iuriſd.* Quamvis Cujac. *ad Novell. 82. à pr.* putet, Magiſtratus plerunque fuiſſe viros militares, legum ignaros: Pedaneos peritos legum & uſus, ſicut Aſſeſſores, qui nihil à pedaneis diſtent: cùm ex eodem corpore ſtudioſorum juris aſſumantur, & pedanei judices & aſſeſſores, quod repetit. *lib. obſer. 23. cap. 40 & ult.* Quin & Coraſ. *d. cap. 19.* legem quà vulgò nituntur *l. certi iuris. h. t.* potiùs exigere legis ſcientiam putat, quod & facit Robert.

bert. *d. c. 3.* Arumæ. *7. diſput. ad ll. præc. theſ. 8.* Sed rectiùs contrarium ex legibus & hiſtoriarum monumentis deducit Hotoman. *illuſtr. 26.* & adhuc aliter Vultei. *d. cap. 8.* inter tempora diſtinguit.

14. Judex ordinarius recuſari ut ſuſpectus non poteſt.

IN hoc articulo juris, diligenter imprimis obſervandum eſſe diſcrimen inter jus civile & canonicum, rectè Wameſius monet. *ad cap. 61. ext. d. appellat.* (1.) Jure civili, ut mox clarius dicam, Ordinarius judex ut ſuſpectus recuſari non poteſt, is poteſt qui datus ſeu delegatus eſt judex, etiam ab Imperat. *l. aperriſſimi. 16. C. h. t.* ita ut dicant, nec Principem potis eſſe delegare recuſatione remotâ. Mynſ. *3. obſerv. 63.* Gail. *1. obſ. 33. num 4.* Jure canonico perinde ordinarium, ut delegatum, etiamſi Epiſcopus eſſet, ex cauſa ſuſpicionis removere licet. *c. ſi quis contra. ext. d. foro compet.* (2.) Quo caſu jure civili recuſatio proponi poteſt, ſufficit nuda & indeterminata propoſitio ſuſpicionis, nullâ etiam illius allegatâ causâ. *d. l. apertiſſimi.* Ideo quod plerunque nominatim petenti adverſario à Principe judex detur, & ita velut ſub hâc conditione: ſi adverſario ſuſpectus non erit. *l. obſervandum. 47. ff. h.* ſicque quâ ratione facillimè & quem voluerit actor judicem impetrabat; eâdem quoque facilitate meritò potuerit à reo removeri. At verò jure canonico, cauſa ſuſpicionis juſtæ, non tantùm eſt exprimenda, ſed etiam probanda, putà affinitas, inimicitia, familiaritas, & ſimiles quas recenſet Jaſ. *in d. l. apertiſſimi. num. 7.* vid. Menoch. *arbitr. caſ. 458.* Notat item Theſaur. *deciſ. 6.* judicem recuſatum ut ſuſpectum, de cauſa ſuſpicionis interrogari poſſe, ut veritatem dicat. (3.) Quamvis æquè canonico ac civili jure, litigatores poſt recuſatum judicem, arbitros eligere cogantur, non uniformis tamen utrobique arbitrorum aſſumendorum eſt ſcopus. Qui ex jure civili arbitri eliguntur, efficiuntur judices cauſæ, ideoque coram iis non de ſuſpicionum cauſis, ſed de cauſæ ſeu litis meritis eſt agendum, non aliter, quàm ſi ipſi à Principe cauſæ judices eſſent dati. *d. l. apertiſſimi in fin.* Canonum contra jure, arbitri de cauſa principali, ut ad eam non ſunt aſſumpti, ita nec cognoſcunt. Sed duntaxat de veritate & ſufficientiâ objectæ cauſæ ſuſpicionis. *c. legitima. d. appellat. in 6.* Et (4.)

hoc notat Bald. *in c. cum ſpeciali. 61. extr. d. appell.* Jure canonico, geſta per recuſatum valere, non valere verò in uſu juris civilis. Ideò quòd jure civili recuſatio ſtatim ut proponitur, habeat effectum, ſive ſit cauſa recuſandi, ſive ſecus, an juſta ſit vel injuſta: ideo quòd ſtatim ex ipſa propoſitione recuſationis, abrumpatur recuſato omnis poteſtas; quæ ſanè canonico jure non ſic adimitur, ſed eſt velut conditionalis, & ab hac dependet conditione, ſi probabitur cauſa ſuſpicionis: ideoque ea pendente, juriſdictione carere non poſſit judex.

Sed ut ad propoſitam quæſtionem redeamus, communiſſima opinio eſt, ordinarium de jure civili recuſari non poſſe, ad eum effectum ut removeatur, tanquam ſuſpectus, ſed ſi aliqua ſubſit cauſa ſuſpicionis, adjunctum ei dari, ut eſt text. *in auth. ſi vero contigerit. C. h.* cujus utpote noviſſimi juris ſanctio, ſimul infringit, quod in contrarium ex vetuſtiori jure adducit Arumæ, *diſputat. ad leg. 7. theſ. 10.* ut adhuc pluribus probat ex jure theorico Buſius. *3. ſubtil. cap. 10.* Indeque Gail. *1. obſerv. 33. num 1. ad fin.* notat, judicem & Aſſeſſores Cameræ, cum ſint ordinarii, à lege Imperii Juriſdictionem habentes, recuſari non poſſe, & hoc aliquando fruſtra tentatum fuiſſe: licet contra unum atque alterum Aſſeſſorem non prohibitum ſit excipere, ut Grævæ. notat, *1. concluſ. 33 num. 6.* & in curia Würtembergica obſervatur.

Econtra Commiſſarios qui à Cæſare impetrantur, cùm delegatam habeant juriſdictionem, rectè ob ſuſpicionem recuſari conſtat, & multò magis Commiſſarios ad examinandum teſtes conſtitutos. Sed tamen tales poſſunt eſſe cauſæ, propter quas liceret quoque ordinarium, & totum aliquod Collegium vel Synodum recuſare, ut Grævæus *d. concluſ. num. 15. & ſeqq.* item *num. 22.* teſtatur. periculoſum enim eſt ſub judice ſuſpecto litigare, Decian. *reſp 26. num. 12. vol. 1.* & vavorabilis eſt exceptio recuſationis. Lancellot. *tractat. d attent cap. 6. ſub numer. 74* fundataquè in naturali æquitate Schrader. *de Feud. part. 10. ſect. 14. numer. 24.*

Quod attinet praxin hodiernam, inauditum eſt ſuſpecto etiam ordinario dari adjunctum, ſed aditur ſuperior, ſi quieſt, vel Camera Imperialis, ut videre licet apud Roſenthal. *d. Feud. c. 12. concluſ. 4. num. 63.* qui omninò legendus.

15. Ex-

15. *Exceptio quâ judex recuſatur (utpote dilatoria) poſt litem conteſtatam opponitur fruſtra, ut & poſt dilatorias alias.*

REcuſationis exceptio, dilatoria ab omnibus reputatur, quod tradunt communiter Dd. *ad l. apertiſſimi. Cod. h. t.* De natura autem eſt exceptionum dilatoriarum, ut ante litem conteſtatam proponantur: Cujac. *9. obſer. 23.* differunt enim, non auferunt litem; & ex perſonis, non cauſa deſcendunt. Par autem eſt initio litis conſtitui perſonas, quibus judicium conſtat. & ideoque hæc exceptio quoque non locum habet poſt litem conteſtatam, quia qui litem apud aliquem conteſtatur, tacitè cauſis recuſationum, quas in eum afferre poteſt, intelligitur renuntiaſſe. Covarruv. *pract. quæſt. 26. num. 2.* Gail. *1. obſerv. 33. num. 11. &c.* Cujac. *d. loco.* Adeoque hæc exceptio omnium prima eſſe debet, ne videatur qu is in judicem conſentire, ſeu judicium ſuſcipere. *l. fin. C d. except. l. ſed et ſi ſuſcepit. 52. ff. h.* unde contra ac putat Arumæus *diſput. 7. ad leg. præcip theſ. 12.* cenſeo, qui v. gr. opponit exceptionem tranſactionis, in vim dilatoriæ, poſt judicem recuſare non poſſe, Mynſing. *4. obſ. 59.* cenſetur enim ejus judicis poteſtas prorogari, ejuſque perſona approbari. Sicque ſingulare hoc habet exceptio recuſationis, quod opponi non ſolùm debeat ante litem conteſtatam, quemadmodum aliæ dilatoriæ exceptiones: ſed illam primam eſſe conveniat inter eas, quæ differunt litem: Zanger. *1. d. except. c. 4 num. 2.* ita tamen, ut punctum legitimationis perſonarum non antevertat. Nec enim rectè recuſatur judex, ſi perſonæ non ſint legitimatæ: cùm actor & reus, ex relationis natura, judice ſint priores.

Limitatur hæc concluſio quâ dicimus, exceptionem recuſationis debere præcedere litis conteſtationem, ut non habeat locum, ſi ſupervenerit cauſa ſuſpicionis demum poſt litem conteſtatam. Jaſ. *ad l. apertiſſimi. num. 12. Cod. h.* Etenim quæ de novo emergunt, novo remedio opus habent. *l. 1 ff. d. ventr. inſpic.* Et quoque ſecundo, juſta ignorantia ut ubique ferè excuſat, *l. qui in alterius d. R. I.* ita quoque hîc eſt in cauſa, ut ſi ratio ſuſpicionis ignoretur, recuſari valeat judex, quandocunque illam reſciverit pars gravata, Jaſ. *citato loco.* Maſcard. *d. probat. concl. 952. num. 35.* Adeò ut his caſibus poſt concluſionem in cauſa, imò poſt cita-

tionem ad audiendam ſententiam de ſuſpicione adhuc excipi queat. Maſcard. *d. l. num 36.* Zanger. *d. c. num. 3.* Verùm notoriè & evidenter judici conſtare debet, ſuſpicionis cauſam de novo ſuperveniſſe. Mynſing. *cent. 4. obſerv. 59. ad fin.* & tamen cùm ſit res in animo ſita, probari poteſt aliis adminiculis accedentibus, etiam juramento Maſcard. *d. concl. num. 39.*

16. In cauſa propria nemo poteſt eſſe judex; ut & in cauſa ſuorum.

NEminem ſibi jus dicere debere: & in re propria, iniquum admodum eſſe, alicui licentiam tribuere ſententiæ dicendæ, reſcripſerunt Impp. *in l. unic. C. ne quis in ſua cauſa.* Et tamen in cauſa propria, judicare poſſe ſuperiorem non recognoſcentem, docui, *in tr. d. Maieſt.* conſentit Lancell. Conrad. *templ. omn. iudic. 1. cap. 1. §. 4. f. 357.* Trentacinq. *2. var. reſol. t. d. iudiciis reſol 5. à pr.* Neceſſe enim ſemper eſt, ut ſuperior ſit is, qui eſt alterius judex, quod deficit in non recognoſcente ſuperiorem. Nam Catholici politici, ferè communiter, improbant illud Canoniſtarum dogma, qui dicunt: aliquibus in caſibus recurri poſſe ad Papam; maximè ſi ardua ſit cauſa. Decius. *c. novit. ext. d iudic. n. 8.* Hoc autem privilegium, quod ſcil. Reſpublica vel Monarcha, in propria judicare queat cauſa, cum ſit de juribus Majeſtatis: id ideò non competit Principibus vel Rebuspublic. quæ ſuperiorem recognoſcunt. Hincque Imperii ſtatus, ſuas habent, ut vocant Auſtregas, coram quibus etiam à ſuis ſubditis conveniuntur: ut latè docent qui de proceſſu Camerali ſcribunt. Nec etiam fieri poſſe ajunt, ut Princeps ſubditos ſuos rebelles declarare queat. ut attigi. *in tr. d. rep. curanda.* Et tamen attinguntur à Doctoribus noſtris aliqui caſus, in quibus etiam inferior in ſua cauſa judicare cenſetur potis, puta ſi lis in facto notorio conſiſtat; & is itaque potiùs executor, quàm judex eſſe videatur, ut hoc Trentacinquius docet. *d. loco num. 6. & ſeqq. multis.* Et hactenùs de primo membro propoſitæ quæſtionis, an & quatenus nempe quis ſibi jus dicere queat: de altero nunc erit diſpiciendum, an quis in cauſa ſuorum poſſit eſſe judex, putà pater in cauſa filii, & econtra? Ad quam dubitationem reſpondet Ulpianus, *in l. qui iuriſdictioni. 10 ff. d. iuriſd. Qui iuriſdictioni*, ait, *praeeſt, neque ſibi ius dicere debet, neque uxori, neque liberis ſuis, neque libertis, vel caeteris*

teris quos ſecum habet. At verò Africanus, *in l. 77. h. t. n.* ſcribit. *In negotiis privatis pater filium, vel filius patrem iudicem habere poteſt*, & addit Paulus rationem *in l. ſeq. quippe iudicare publicum eſt munus.* Sicque dicitur *in l. 13. ad fin. infr. ad SC. Trebell.* ſi quis filiusfam. ſit, & magiſtratum gerat, patrem ſuum in cujus eſt poteſtate, cogere poſſe, ſuſpectam jacentem hereditatem adire & reſtituere: nam (ut habetur in *l. mox ſubſequenti) quod ad ius publicum attinet, non ſequitur ius poteſtatis.* Qui ſanè textus ſibi è diametro contradicere videntur. Negat enim Ulpianus, *in l. 10. d. iuriſd.* quod permittit Africanus, *in l. 77. h. t. n.* & item *l. 13. ad Trebell.* Ulpianus affectionem innuit obſtare, quò minus quis debeat jus dicere ſibi, ſuiſque. Africanus & alii, reſpiciunt, ſolùm ad poteſtatem, eamque dicunt non obſtare, quo minùs filius patris, & viciſſim filii judex, pater eſſe poſſit; cùm ea poteſtas in publicis muneribus ceſſet: nec quidem mentionem faciunt ullam affectionis aut ſtudii, quibus propinquæ hæ perſonæ, ſibi invicem ſunt connexæ atque devinctæ, & quæ judicium corrumpere facile poſſint. Variæ ſunt conciliandi rationes. Lyclam. *5. membr. 5.* planè divinatoriè diſtinguit, inter cauſas civiles & criminales. Non item poſſum cum Duareno, quem ſequitur Buſius. *ad d. l. 10. qui iuriſdictioni. d. iuriſdict.* & Arumæ. *diſp. ad ll. præcip. 7. theſ. 16.* diſtinguere inter judicem delegatum & magiſtratum. Etenim *l. 10. d. iuriſd.* prohibet magiſtratum jus dicere ſuis. *l. 77. h t.* Judici judicare. *l. 13. ad Trebell.* Magiſtratui, in cauſa filii vel patris jus dicere permittit. Sicque licet ex abundanti concedamus, quod tamen enixè refellit Lyclam. *legem. 77. h. t.* admittere hanc diſtinctionem, attamen adhuc pugnat *l. 10. d. iuriſd. cum l. 13. ad Trebell* Nec audio Arumæum qui dicit, *d. l 13* loqui de ſingulari cauſa, ubi ceſſat ſuſpicio affectionis. Sed regero ex *lege ſub eo tit. proximè ſeq.* non defectum ſuſpicionis, pro ratione aſſignari hujus deciſionis: ſed quòd patria poteſtas in publicis ceſſet. Et quoque major ratio eſt, ut filius non poſſit eſſe judex, quàm jus dicere patri: facilius enim in facti dijudicatione, quàm juris diſtributione, occultari poteſt affectus: cùm facta incerta, atque obſcura; jus ſemper certum exiſtat quod & advertit Lyclama. Proinde dicendum eſſe videtur, quod nec Buſio, qui ſibi contrarius eſt, *in libr. 3. ſubtil. c. 10.* diſplicet, honeſtatis intuitu, non debere quenquam jus dicere ſuis: quanquam nec pater filium, nec

filius

Digitized by Google

filius patrem, juris neceſſitate in negotiis quoque privatis, judicem habere prohibeatur, nec ideo nullum ſit quod peractum fuit: nam & arbiter quis eſſe poteſt in cauſa ſuorum. *l. 6. in fin. ſupr. d. arbitr.* Licet honeſtius ut dixi fuerit, ſi quis ſuſpectus habeatur, munus interea magiſtratus in ejuſmodi cauſa deponi, quàm exerceri. Praxin quod attinet hodiernam, ſi quis judex ſit parti ſanguine vel aliter junctus, tanquam ſuſpectus recuſari ſolet. Sed in juriſdictione voluntaria, ſibi ſuiſque jus dicere omni ſine obſtaculo licet. *l. 1. ſupr. d. off. Prætor.* cùm ibi periculum affectionis haut vertatur.

Tit. II.
DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

17. *Querelam inofficioſi, conſuetudini adſcribimus.*

LEx fuit XII. Tabularum. *Paterfam. uti legaſſit ſuper pecunia, tutelavè ſuæ rei, ita jus eſto.* Marcil. *in interpr. 12. Taq. §. 28* Legare Decemviris eſt teſtari, & antiqua linguæ tinnitus eſt, ſuper pecuniæ tutelævè, pro ſuper pecunia tutelâve. Atticè nempe, ut & *in l. 11. §. quod vulgò ad l. Falcid.* plus quartæ, pro plus quartâ. Pecunia Decemviris hereditas eſt. Sicque interpres Terentii ad Phormionem, *A. 2. ſc 3.* Apud Romanos, inquit, hereditas pecunia erat. In pecuniâ enim robur omne patrimoniorum poſuerunt. *l. 22. C. d administr. tutor.* Data ſane eſt hoc capite legis, poteſtas ampliſſima patrifamil. hæredis inſtituendi, legata & libertates dandi, tutelas conſtituendi. *l. verbis. 120. d. V. S.* & decemvirali hoc jure, fas erat legatis patrimonium exhaurire. *§. 1. Inſt. d. lege Falcid.* Erat etenim Teſtamentum quaſi lex priva, ſeu domeſtica patrisfamil. *Nov. 22. cap 1.* Unde & legis ac teſtamenti comparatio apud Ciceronem, *Philipp. 2* , adeò ut potuerit quoq; quis decedere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus: nec locus erat juri accreſcendi. *l. 7. d. R. I.* Graſſus *in com. opin. §. jus accreſcendi. q. 1. & 3.* Etiam portio illa, quam legitimam, & quartam naturæ, uno appellitant ore, ita ut nec ſtatuto omnino tolli poſſe eandem communiter nunc velint, tanquàm ſcil. debitam jure naturæ, in quod jus civile nullam habet poteſtatem: ea tamen olim incognita fuit Romanis, & poterant ii filios ſuos pro lubitu ſcribere exheredes, & item emancipati ipſo jure non ſucce-

Digitized by Google

cedebant. Sed tamen mediâ Juriſprudentiâ, ea portio introducta fuit. Nec tamen mihi hîc probatur duorum nobiliſſimorum JC. Duaren. & Balduini conjectura (cui quoque Govean. *2. var. 1.* accedere videtur) qui quartam iſtam ex L. Falcidia deſcendere putant. Cùm quippe Ulpianus *in l. Papinian. 8. h. t n.* argumentum ducat à quarta Legis Falcidiæ, ad hanc quartam; ut probet eam æſtimandam eſſe, deducto pretio ſervorum manumiſſorum: quæ mutua collatio diverſarum quartarum, ſub appellationibus quoque diverſis, ſatis certè arguere videtur, utramque ex L. Falcidia non proficiſci, ut rectè obſervavit. Contius. *1. lect. ſubſec. cap. 3.* licet ad exemplum quartæ, quæ ex L. Falcidia de legatis retinetur, ſit introducta; unde & paſſim Falcidia nominatur. Anton. Matth. *diſp. ff. 5. theſ. 13.* Sed tamen haut introducta fuit Interpretat. Prudentum: non enim definire potuiſſent ii certam hereditatis portionem, quæ debuiſſet ad filios pervenire: cùm nempe JCCtorum magna fuerit poteſtas in interpretando, extendendo & ſupplendo jure, non in novo conſtituendo. Lege itaque (cùm legitima vocetur) fuit introducta, Tileman. *diſputat. ff. 13. theſ. 26. vol. 1.* Quam Cujac. *3. obſer. cap. 8.* M. Antonino adſcribit. A. Matth. *d. loco.* ſe id planè ignorare fatetur.

Æque incerta eſt origo inofficioſi querelæ; licet conſtet antiquiſſimam eſſe: cùm ex multis auctorum exemplis, tum ex Val. Maximo *tit. de teſtam. quæ reſciſſa ſunt, in 7 libro.* Primitùs verò filii ſine certo jure queri ſolebant, ut ex Valerii locô jam allegato conſtat, & de Caligula, tanquam ſingulare Suetonius notavit; quòd Teſtamenta Primipilarium, ut ingrata reſcidit. Sic porrò ex commiſeratione à judicibus teſtamenta reſcindi cæperunt, poſteà paulatim res abiit in mores, deinde conſtitutionibus confirmata fuit. Donell. *lib. 19. com. cap. 4.* Unde ne id regulæ juris adverſetur, quæ, ut dixi, ſupremas voluntates indifferenter voluit eſſe ratas, hoc colore agebant, quaſi non ſanæ mentis fuerit teſtator, *l. 2. l. 5. ff. pr. Inſtitut. h.* itaque non habuerit teſtamenti factionem. *l. 17. §. 1. h. t.* vid. Donell. *d. loc.* Varii & hac in quæſtione interpretes ſunt, ut ex Hilligero ad Donellum. *d. loco litera P.* videre licet, quidam Prætorio adſcribunt. Prætorii juris quod non ſit, ex eo probatur: quia everſo per hanc querelam juſto teſtamento, teſtator ſit inteſtatus, qui heres non erat, ſit ipſo jure heres, & heres eſſe deſinit, qui erat ſcriptus. Quod non potuit efficere Prætorium jus. *§. 2. Inſt. d. Bon. poſſeſſ.* Quòd verò non

Sſſ ſit

Digitized by Google

ſit juris civilis, apertè probat *l. 8. in pr. d. bon. poſſeſſ. contra tabul.* Et id quoque apparet ex eo, quod hoc beneficium competebat emancipatis, quos deſtituit jus civile ſcriptum. Cujac. legi Gliciæ adſcribit. *2. obſ. c. 21. lib. 3. obſ. 8. & 14. c. 14.* cumque ſequutus Weſenb. *in parat. h. ſub num. 2. &c. ac ad rubr. Inſt. eod. num. 1.* ſed levi ſuſpicione. Quâ de quæſtione videri etiam poteſt Viglius. *ad §. 2. num. 6. Inſt. h. & ad §. 5. num. 7. Inſt. d. pupill. ſubſt.* Duar. *h. cap. 2. & 12.* & Tileman. *diſp. ff. 13. theſ. 4.*

18. Adhuc hodie, an uſus ſit querela inofficioſi?

INofficioſi teſtamenti querela, non propriè actio eſſe videtur, quia non perſequitur jus agentis: nec etiam accuſatio eſſe poteſt: quia non perſequitur pœnam; ſed eſt potiùs imploratio nobilis officii judicis, quâ filius ſic exheredatus petit, ut Teſtamentum illud, vel etiam aditio hereditatis infirmetur, & devolvatur hereditas ad cauſam inteſtati, ac via aperiatur petitioni hereditatis ab inteſtato. Sicque hæc querela præparatoria eſt hereditatis petitioni, quæ intentari nequit, niſi filius obtineat in querela. Quo intuitu interpretes Græci *in libr. Baſil. h. t. n.* querelam cauſam ipſius actionis, *id eſt,* petitionis hereditatis nominant; quemadmodum enim ipſa heredis ſcriptio vel inſtitutio, ſic nec inofficioſi querela, actio eſt, ſed actionis cauſa. Viglius *ad princ. Inſt. h. t. n.* Sed non tantùm liberis permiſſum eſt, teſtamentum paternum inofficioſum nominare; verùm & parentibus liberorum: nam etſi iis regulariter non debeatur hereditas filiorum; quia filius poſt patrem eſt ſuperſtes, & hereditas, deſcendere ſolet non aſcendere: turbato tamen ordine mortalitatis, & filio abſque liberis decedente, non minùs parentibus, quàm liberis piè relinqui debet. *l. nam etſi. h. 15. t. n.* In collaterali verò linea, querela hæc (nemine in rectâ lineâ exiſtente) non datur, niſi fratribus & ſororibus germanis: & quidem non niſi eo in caſu, quàm ſi propudioſæ turpeſque perſonæ ſint inſtitutæ. *l. fratres. 27. C. h.* Verùm multa hodiè à Juſtiniano in Novellis & alibi, ſunt circa hanc querelam innovata. (1.) Filius enim poterat olim querelam inſtituere, ſi ipſi minùs legitima fuerat relictum. *l. cum quæritur. 6. Cod. h. tit.* hodie non habet querelam, ſed ad ſupplementum legitimæ agere debet. *§. ſed hæc ita. 3. Inſtit. & l. omni modo. 30. l. ſcimus. 36. C. h.* quæ actio ad ſupplementum legitimæ, vel condictio ex lege indigitatur. Et datur, quamvis aliquis agnovarit

verit quod ſibi fuerit relictum; niſi ſpeciatim, ſive in apochâ, ſive in tranſactione fuerit ſcriptum, pactumvè, quod contentus ſibi relicta portione, de ſupplemento nullam habiturus ſit querelam. *d. l. ſi quando. 35. §. fin.* Adeò ut dicant, filiam renuntiantē paternæ hereditati, etiam cum juramento; adhuc tamen non obſtante illâ generali renunciatione, legitimam, ejuſve ſupplementum petere poſſe: niſi inſimul ſpecialiter legitimæ fuerit renuntiatum. Sichard. *conſ. matr. 10. num. 22. &c.* Nec item hæc condictio, quinquennio, ut querela inofficioſi, ſed perpetuò durat: cùm ſit civilis, & rei contineat perſequutionem. Haërſolte. *part. 2. pand. act. 8.* (2.) Olim legitima fuit quarta pars bonorum. *d. l cum quæritur. 6. C. h.* unde quarta, ſeu quadrans abſolutè non rarò vocitatur; hodie ex mero liberorum favore, eſt tertia pars, cùm 4. libri, vel pauciores adſunt; ſi verò plures quàm quatuor, eſt ſemis. *auth. noviſſima. C. h.* Unde *Novell. 18.* inſcribitur de triente & ſemiſſe. Ac quamvis de augmento legitimæ parentum, nil dixerit Imperator: & tamen obtinuit eam etiam ad trientem redigi debere. Sichard. *ad auth. noviſſima. num. 12. & 15. C. h.* Anton. Theſſaur, *deciſ 172.* ex identitate nempe rationis, & propter naturam correlativorum: in priori tamen ſtatu manente legitimâ fratrum. Theſſaur. *deciſ. 128. num. 13.* quod perperam Cujac. oppugnat. *Novell. 18.* (3.) Olim filius exheredatus, cogebatur probare ſe non fuiſſe ingratum. *l. 1. §. 1. h. tit. n l. 28. C. eod.* Hodiè onus probandi, filium nempe ingratitudinis commiſiſſe cauſam, incumbit heredi ſcripto: *auth. non licet C. h.* quod ſumma nititur ratione. Nam præſumptio eſt pro unoquoque eum eſſe bonum, donec probetur malus, & præterea nullum præſumitur delictum. Jus verò vetus, tantum de patre præſumebat, ut ejus aſſertioni credebatur. Unde & (4.) idem jus vetus tanti faciebat patriam poteſtatem, ut licuerit illud quaſi fulmen exhereditationis, ut cùm Quintiliano loquar, in filium vibrare, etiam non expreſſa cauſa, & nihilominùs ſummo jure valebat; tametſi contra illud, ex æquitate quadam inofficioſi querela dabatur, ſi non probare potuiſſet ingratitudinem heres. Sufficiebat enim dicere *exheredem filium facio, quia eſt ingratus,* Et deductâ ingratitudinis cauſâ, pronuntiabat judex: videri patrem juſtas filio iraſcendi cauſas habuiſſe. Plin. *libr. 5. epiſt. ad Sever.* At hodie Imperator noſter in *Nov. 115.* omnib. modis connitens minuere facultatem exhe-

redandi, voluit, ut cauſa nominatim ab ipſo teſtatore exprimatur. Rittersh. ad *Nov. part. 6. c. 3. num. 21.* (5.) Olim nullæ erant certæ cauſæ exheredationis. *l. 7. d. bon. damnat.* hodie ſunt ad certas quaſdam redactæ. Quâ de re ſuo loco plura dicam. Antiquitus numerô & qualitate ejuſmodi cauſæ, haut erant certæ; ſed ex judicis cognitione & æſtimatione pendebant, qui interdum leviores admittebat. *l. 3. §. ſi emancipatus 5. verſ. nec enim minus ff. d. bonor. poſſ. contr. tabul* Cujac. *ad Novell. 18.* Hodie verò numerô & qualitate certæ, à Juſtiniano ſunt definitæ. *Nov. 115. c. 3.* (6.) Olim reſciſſô teſtamentô per querelam, libertates ipſo jure non valebant, nec legata debebantur. *l. 8. §. fin. h. t.* Hodie præter inſtitutionem heredis ſcripti, reliqua omnia in teſtamento firma manent. *auth. ex cauſa. C. d. l. p.* Quamvis legata & fidei comiſſa, in tali teſtamento relicta, quod poſtea quoad inſtitutionē, eſt reſciſſum, debeant peti ex teſtamento, non ab inteſtato. Rittersh. *d. l. n. 33.* Idque locum habet, tam quando præteriti, quàm ubi non ritè fuerint liberi exheredati, quod interpretibus communiter placuit. *ad auth. ex cauſa. C. d. liber. præterit.* Schæffer. *vol. 1. quæſt. 44.* & placet idem ex recentioribus Donello. *6. com. cap. 13.* ac ut ita & nos ſentiamus, favor teſtamentorum maximè eſt in cauſa. licet Cujac. *ad l. 4. de liber. & poſth. propè fin.* & ad *Nov. 18.* contrarium evincere conetur per *l. 17. d. iniuſt. rupt.* quæ tamen dictæ authenticæ generali ſanctione abrogata videtur, qua de quæſtione multa Hilliger. ad Donell. *6. cap. 13 lit. ſ* Verùm cùm Novellarum jus in tantum recedat à veteri jure, eò quidam devenerunt, ut dixerint, vix hodie in linea recta, huic querelæ locum ſupereſſe. Quod & adnotas Haerſolte. *part. 2. ff. act. 4. numer. 12.* Nam cùm liberi & parentes, heredes inſtituendi, aut juſtis expreſſiſque de cauſis ſint exheredandi, in omnem eventum citra querelam, jure noviſſimo iis proſpectum eſſe videtur. Nam ſi in legitima ſint inſtituti, nihil eſt quòd defuncti judicium accuſent. Si in minore parte, agere poſſe ajunt ad ſupplementum. Si exheredentur, fit id injuriâ, vel jure: Priori caſu, teſtamento quoad inſtitutionem evacuato, ab inteſtato ſuccedunt, ut querela non opus eſſe putent. Caſu verò poſteriori, nec querelæ, vel ulli alii remedio locus eſſe poteſt. Sin verò in totum ſint præteriti, vel liberi, vel parentes; non inofficioſum, ſed potiùs nullum eſt Teſtamentum, ut *infra* dicam.

At quam-

At quamvis Interpretes eo in caſu, ubi vel ſine omni cauſa, liberi exheredes ſunt ſcripti nominatim, vel ſi ex alia cauſa, quàm quæ comprehenſa eſt Juſtiniani lege, exheredatio ſit facta, vel ſiquidem parens certam habuerit cauſam liberos exheredandi, ſed nominatim eam cauſam non adſcripſerit teſtamento: licet, inquam, interpretes iis in caſibus id teſtamentum nullum eſſe velint, ſed tamen magis eſt ut dicamus, valere quidem illud, ſed tamen impugnari, reſcindique poſſe querelâ inofficioſi. Sicque adhuc magnum hujus remedii uſum eſſe, per *l. 8. in pr. d. bonorum poſſ. contra tabul.* §. *ult. in fin. Inſt. d. exhered. liber. l. 3. l. 15. Cod. h. t.* Leges ſanè hæ, adeò non ſunt ſpecialiter correctæ per *Novell. 115. c. 3.* qua Interpretes ſuam opinationem firmare nituntur, ut potius ibi comprobatæ videantur. *d. c. 3.* §. *ult. verſ. ſi autem hac obſervata.* Proindeque vigorem ſuum habere debent. Quod & placuit Vaſquio. *tr. d. ſucceſſ. creat. lib. 2.* §. *20. part 3. requiſit. 29. declarat. 3. num. 168.* Duareno. *in com. ad t. ff. d. liber. & poſth. c. 3.* Cujac. *ad Novell. 18.* Donell. *6. com. 13. & 19. com. 4.* Viglius, *in princ. Inſt. h. t.* Anton. Faber. *d. error. pragm. dec. 14. errore. 7.*

19. *Clauſulam codicillarem non impedire exiſtimo, quo minus Teſtamentum, poſthumi agnatione rumpatur. Si nempe præteritio non facta fuerit ſcienter.*

FRequentiſſimè in foro exauditur clauſula codicillaris, & eſt in ore etiam Scribarum ac Notariorum. Ea frequentiùs ſic concipi ſolet: *Si non valet, vel valebit iure teſtamenti, valeat iure codicillorum.* Jch will/ daß dieſes mein Teſtament/ zum fall es einigen Mangel/oder anderer Vrſachen halb/ nicht als ein recht beſtändig Teſtament/ jetzt oder ins künfftig gelten würde / ſelbiges doch als ein Codicil, oder anderer ſchlechter letzter Will/Beſtand und Krafft haben ſolle/ ꝛc. Quæ verba quoad effectum juris, idem ſignant, ac ſi dictum eſſet, ſi non valet ut Teſtamentum, volo quod valeat tanquam fideicommiſſum. *l. quærebatur. 19. d. milit. teſt l. poſthumus. 12.* §. *fin. d. iniuſt. rupto.* Fab. Turrettus. *tr. d. clauſ. codicill. quæſt. 1. effect. 1.* Sicque efficit clauſula codicillaris, ut quando teſtamentum ob aliquam rumpitur cauſam, quod tunc venientes ab inteſtato, dicuntur gravati reſtituere hereditatem, in illo teſtamento ſcriptis: tenentur item præſtare legata, adeò ut clauſula hæc-

ce, conſervet teſtamentum, & omnia in eo contenta. *l. ex teſtamento.29.C.d.fideicom.* ubi omnes Dd *l.ſi iure non ſubſiſtit.11.C.d.teſtam.manumiſſ.* Verùm non omne vitium teſtamenti, tollit hæcce medicina. Nam (1.) tum demum clauſula codicillaris ſuum operatur effectum, quando adeſt teſtantis voluntas & conſenſus, Bolognetus, qui multos alios congeſſit. *in l. centurio. num. 165. in fin. d. vulg. & pupill.* neceſſe nempe eſt, ut Teſtator voluerit hanc clauſulam adponi. Unde ſi probet heres ſcriptus, non fuiſſe lectam coram Teſtatore clauſulam codicillarem, nihil ea operatur, ſed ex conſuetudine à Notario adpoſita reputatur. Anton. Gabr. Roman: *t. d. conſuet. concluſ. 4. num. 6. & ſeq.* Et quamvis clauſula codicillaris ſuſtineat teſtamentum, ſi deeſt ſolemnitas teſtamenti. *l. codicillis. §. fin. d. legat. 2.* Bart. *in l. 1. num. 7. de iure codicill.* Menoch. *d. præſumpt. 4. præſ. 6. 60. n. 77.* Nihilominus (2.) neceſſe eſt, ut adſint quinque Teſtes, & aliæ probatoriæ ſolennitates, in codicillis requiſitæ. arg. *l. fin. C.d. codicill.* aliàs nullius eſſet momenti. (3.) Si deficiat vel imperfecta ſit voluntas: putà ſi teſtator inceperit facere teſtamentum, & illud non perfecit, vim quoque perdit clauſula codicillaris. Graſſus. *in §. codicillum. q. 22. num. 2.* ubi alios plures laudat, hancque communem & veriſſimam opinionem eſſe dicit, quæ etiam ſatis roboratur per *l. fideicommiſſa. 11. §. 1. d. legat. 3. l. ex ea ſcriptura. 29. de teſtam.* Nec obſtat *l. fin. verſ. illud quoque. C.d. codicill.* ubi teſtator quidam decrevit facere teſtamentum, idque nequivit implere: & dicitur eum inteſtatum videri defunctum nec traducere licere ad fideicommiſſi interpretationem, velut ex codicillis, ultimam voluntatem; niſi id ille ſit complexus, ut vim etiam codicillorum obtinere debeat ſcriptura. Ergo ſi adeſt clauſula codicillaris, ſeu ſi teſtator eſt complexus, ut vim codicillorum debeat habere ſuum teſtamentum, valebit illud, & voluntatem traducere licet ad fideicommiſſi interpretationem, etiamſi teſtamentum fuerit imperfectum, nec id potuerit adimplere. Non mihi placet reſponſio Fabii Turretti. *d. tr. q. 22.* Sed puto, verba intelligenda eſſe pro natura rei ſubjectæ, & ſecundùm terminos habiles. Ideoque dico, valere illud Teſtamentum ut codicillum, ſi modo ſubſiſtere potuerit ut codicillus. Et ſic quod dicitur teſtamentum non adimpleri potuiſſe, intelligo non ratione voluntatis, ſed potius ſolennitatis, quæ ad teſtamentum requiruntur, & tempo-

tis

ris vel brevitate, vel aliam ob cauſam omiſſæ fuerunt. Sed inter alias quæſtiones, quæ occurrunt in materia clauſulæ codicillaris, etiam hæc pertractari ſolet, *an ita roboret teſtamentum, quod propter poſtumi agnationem annihilatur, ut valeat in vim codicilli, & ex eo directè inſtitutus, heres fideicommiſſarius fiat?* quâ de quæſtione, latè agunt Gail. *2. obſ. 114.* Menoch. *conſ 449. lib. 5. & libr. 4. præſumpt. 32.* Theſſaur. *deciſ. Pedemont. 141.* Fachin. *libr. 4. controverſ. 12.* Peguera. *deciſ. 108.* Turrettus. *quæſt 69.* Ego hîc præmitto, filio, ut & poſthumo ignoranter præterito, tam quo ad inſtitutionem, quàm quoad legata teſtamentum vitiari: etiam de jure novellarum. *l. 30. d. liber. & poſth. l. 17. d. iniuſt. rupt.* Gail. *2. obſ. 112. à pr.* Menoch. *2. arbitr. 147.* Quamvis enim jure noviſſimo ſit conſtitutum, ut teſtamentum quoad ſolam heredis inſtitutionem irritum ſit; valeat autem quoad cætera capitula: putà, legata, fideicommiſſa, manumiſſionem, &c. cujus rei rationem, quæ aliàs mirabilis videtur, optimè Rittershuſius aſſignat *ad Novell. part. 6. cap. 3. n. 27.* Attamen hoc in eò tantùm caſu, locum habere putem, ſi Pater ſciens prudens non facit filii mentionem, Fachinæus, *4. c. 14.* ſecus ac poſt Giphanium Rittershuſius cenſet, *d. cap. 3. num. 30.* præſumptio enim eſt firma, patrem extraneum illis legatis & fideicommiſſis gravare voluiſſe, non filium, ſi eum vivere ſciviſſet, vel de agnaſcendis liberis aliis, cogitâſſet. Sicque deficit ratio ſanctionis Juſtinianeæ, quâ voluit; ut in favorem teſtatoris, legata & cætera debeantur, etiam evacuatâ inſtitutione: ſed ille favor nil operatur contra præſumptam mentem, & voluntatem tacitam ipſius, qui teſtamentum condit. Ex quâ eâdem ratione, nec clauſula codicillaris, etiamſi adeſſet, legata & fideicommiſſa firmaret: cùm ea non firmet teſtamentum contra voluntatem teſtantis. Viciſſim cum teſtamentum eſt nullum ex cauſa præteritionis filii, vel inofficioſum propter liberorum exheredationem, in eo caſu (ſi hoc pater fecerit ſcienter) puto, filium, qui ab inteſtato vindicat hereditatem, eam reſtituere teneri heredibus in teſtamento ſcriptis, ſi adjecta fuerit clauſula codicillaris: quamvis diſſentiat Fachinæ. *4. cap. 11.* communemque quæ nobiſcum ſentit, oppugnet. Ita tamen ut filius detrahat vel retinere poſſit duas quartas. Utor illa Juſtiniani, ſæpius adductâ legiſlatione, quâ voluit, legata & fideicommiſſa valere, ſi fuerint liberi præteriti vel exheredati. Nec me movet, quod regerit Fachinæus,

chinæus, hîc eſſe quæſtionem non de legatis, aut fideicommiſſis, ſed de ipſa inſtitutione, an vigore clauſulæ codicillaris convertatur in fideicommiſſum. Et de hâc re nihil ſtatuiſſe Juſtinianum, ſed de aliis duntaxat legatis & fideicommiſſis, quæ in teſtamento continentur. At reſponderi poteſt, inſtitutionem directam, per clauſulam codicillarem, reddi obliquam & fideicommiſſariam. Ergo cùm maneant fideicommiſſa, manebit etiam illa inſtitutio, quæ fuit fideicommiſſaria facta.

Hactenus diſputata, facili negotio reſolvunt quæſtionem principalem, ***an agnatio poſthumi, de quo non fuit cogitatum, rumpat teſtamentum; etiam quoad legata ac fideicommiſſa, non obſtante clauſula codicillari?*** Nempe cum clauſula illa, mentem teſtatoris reddat omni modo, quo fieri poteſt efficacem, non poterit ea aliquid operari contra præſumptam mentem. Nam non debent ad unum caſum inducta, contrarium operari. *l. multa. 25. ſupra. d. leg.* Ac licet teſtator ſupervixit, & teſtamentum non mutavit, nihilominus clauſula codicillaris non eſt ejus efficaciæ, ut roboret teſtamentum quaſi ex tacita voluntate patris. Fachin. *4. cap. 13.* Nec enim firma aut certa præſumptio eſt, patrem voluiſſe, poſthumum fiduciarium facere heredem, quin potiùs ideò pater haut mutavit teſtamentum, quia ſcivit illud ipſo jure irritum eſſe factum, per poſthumi agnationem: ideo noluit revocare, quod ſine ſua opera, jus ipſum infirmarat.

20. *Filiofamil. in patris teſtamento præterito, querela haut datur, ſed id nullum dicere poteſt.*

SUbſtantiale eſt requiſitum paterni teſtamenti, ut liberi in eo inſtituantur, vel exheredentur, juſtam teſtamento inſertam propter cauſam: tam nati, quàm futuri ſeu poſthumi, *in pr. ut & §. poſthumi quoque. 1. & §. poſthumor. autem. 2. Inſtitut. d. exhered. liber.* tam fœminæ, quàm mares, non modò primi, ſed & ulterioris qui ſunt gradus: veluti nepotes, neptes, cæterique deſcendentes. *§. ſed hæc quidem. 5. Inſt. d. t. l. 4. Cod. d. liber. præterit.* Poſthumos autem appellitamus non modò qui moriente pater adhuc in utero ſunt materno, & poſt patris mortem demùm naſcuntur; ſed & qui vivo adhuc patre, poſt conditum ejus teſtamentum, adſpiciunt hanc lucem. *§. poſthumor. Inſtit. d. exhered. liberor. l. 3. §. 1. & l. poſthumorum, 13. d. iniuſt. rupto,* Unde poſthumus dicitur, quaſi

poſte-

poſterior, non quod poſt humatum parentem ſit natus. *l. 3. §. ex hu. 3 d t.* quam propter rationem, poſthumi nomen ſine adſpiratione ſcribendum eſſe Cujac. notat. *3. obſervat. cap. 4.* Et quidem liberi nati, ſi non inſtituantur, vel ritè exheredentur, ſed ſilentio prætereantur, teſtamentum confeſtim ipſo jure eſt nullum; in tantùm, ut nec poſteà eorum defectu confirmetur, *d pr. Inſt. d. exher. liber. l. 2. C. d. poſth. hered. l. 7. l. 30. d. liber. & poſth. l. quod initio. 29. d Reg Jur.* Agnatio verò poſthumi, teſtamentum ab initio firmum, ipſo jure rumpit & irritum facit. *§ poſthumi quoque. 1 & §. poſthumorum. 2. Inſt. d. exhered. liber. l. 1. C. d. poſt. hered. Inſt.* Et licet exheredentur, eam exheredationem non valere autumamus, ſed per querelam infirmari noviſſimo jure, *Nov 115.* quæ ingratitudinem ad juſtam exheredationem requirit, quæ ſanè in poſthumum cadere non poteſt. Vult. *ad d §. poſthumi. num. 14. & ſeq & ad §. 1. Inſtit. quibus mod teſt. infirm.* Occurrit hîc quæſtio ſatis intricata; *An mater, & cæteri per matrem aſcendentes, teneantur inſtituere vel nominatim exheredes ſcribere liberos vel nepotes?* Et quidem magni ſunt JCti, inter quos etiam eſt Dn. D. Bocerus, *in claſſ. diſput. d. Inſtit. & exhered. liberor. theſ. 18.* qui dicunt, ſine vitio nullitatis matrem, & alios maternæ lineæ majores, ſuos deſcendentes ſilentio omittere poſſe. Quod ſanè cum communi magis eſt ut negem. Illud quidem eſt inconfeſſo, jure veteri aliud receptum fuiſſe. *§ mater. 7. Inſt. d. exhered. liberor. l. 3. l. 15. C. d. inoff teſtam* Ac quamvis hæc jura, non ſint correcta nominatim, nihilominùs tamen Juſtin. qui in *Nov 115.* planè jus novum circa totam materiam exheredationis, vel inſtitutionis liberorum condere voluit, & quod de patre dixit, idem ſine omni dubio intelligi voluit de matre, maxumè cùm ſuſtulerit rationem, veteris juris, quod inter patrem & matrem diſcrimen facit. Juſtinianus etenim abolevit ibi diſcrimen, quod erat inter liberos emancipatos & ſuos, ſeu in poteſtate conſtitutos. Cùm ergo Pater cogatur inſtituere æquè emancipatos & ſuos, quia ad naturam, non ad civilis juris rationem reſpexit Imperator, cur non & hoc idem de matre dicendum eſſet?

Sed verò principalem noſtram quod attinet quæſtionem, ſunt multi qui putant, teſtamentum in quo filius, ſive in poteſtate conſtitutus, ſive emancipatus, à patre præteritus ſit, ipſo jure nihilominùs valere: ac ſi per querelam reſcindatur, tantùm

Ttt quoad

quoad inſtitutionem infirmari, quoad cætera autem ſuſtineri. Illud quidem certum eſt, & latè rectèque probat Fachinæ. *4 cap. 9.* ſi liberi vel nullâ omnino adſcriptâ causâ, vel quæ non legitima ſiet, exheredentur, aut ſi quidem legitima fuerit adſcripta, quæ tamen probari non poſſit ab herede, teſtamentum omnibus hiſce in caſibus valere quidem, ſed propoſitâ querelâ reſcindi. Cæterùm, ut dixi, magna controverſia eſt de eo caſu, *ſi prorſus nulla in teſtamento facta fuerit mentio liberorum, quid hoc in caſu dicendum ſiet?* Quâ de quæſtione auctores in utramque partem adducit Hackelman. *6. illuſtr. 2.* Sanè pro præteritione non agnoſco talem exheredationem, ſi pater filium non nominatim ſcribat exheredem, ſed cauſam ingratitudinis exprimat in teſtamento. Talis namque præteritio & expreſſio ingratitudinis, pro exheredatione habetur, ut docet Fachinæus. *6. cap. 77.* Si ergo prætereantur omnino, nec ulla cauſa exprimatur, nullum ſeu inutile erit teſtamentum, ut ex *§. 1. Inſt. d. exhered. lib.* apparet. Idque non diſertis verbis correctum eſt *in Novell. 115. cap. 3.* quamvis enim illegitimam exheredationem, & præteritionem ſæpe conjungat ibi Imperator, tamen hoc non ita eſt intelligendum, ut per omnia æquiparentur, ſed ut jure veteri inter utramque conſtituta differentia, maneat ſalva. Cur namque ſtare prohibeantur, quæ non ſunt ſpeciatim vel per neceſſariam conſequentiam mutata. *l. præcipimus. 32. C. d. appellat.* Nec etiam præſumi debet Juſtinianum deteriorem facere voluiſſe liberorum conditionem hâc in parte, quàm erat veteri jure, cùm per illam *Nov. 115.* magis liberis, quàm parentibus proſpicere habuerit in animo. Si itaque teſtamentum hoc caſu eſt nullum, non eſt ut reſcindatur. *l. 2. h. t.* Viglius. *ad pr. Inſt. d. exhered. liberor. num. 3.* cùm non entis nullæ ſint qualitates, & privatio habitum præſupponat. argum. *§. 4. Inſt. d. capit. deminut.*

21. *Filiô à patre exheredatô, causâque ingratitudinis probatâ, nec ex ſuâ perſonâ ad querelam admittitur ex illo filio nepos.*

Admodum eſt hæc quæſtio controverſa. Equidem nepotem admittunt, Coſtalius ad *l. 6. §. fin. & ad l. 14. h. tit.* Duaren. *in com. h. c. 8. in fin.* Weſembec. *conſil. 71. num. 16. &c.* vid. me. *in œconom.*

num. 1. 5. & 6. lib. 1. ff. quæſt. 15. hæcque ſententia ferè communior reputatur. Excludit verò nepotem Gomeſ. *1. variar. cap. 11. num. 21.* Cujac. *ad l. 6. d. inoff. rupt. & in l. 9. §. 2. d. liber. & poſth.* Quæ ſanè ſententia ſine dubio verior eſt, & juris rationi convæniens magis. Ejuſq; confirmationi præmitto (1) text. *in §. 2. verſ. ita demum. Inſt. d. hered. qua ab inteſt. defer.* ubi ſcribit Imp. *Ita demùm nepos, neptiſve, pronepos, proneptiſve ſuorum heredum numerô ſunt, ſi præcedens perſona deſierit in poteſtate parentis eſſe, ſive morte id acciderit, ſive alia ratione, veluti emancipatione.* Non ergo vocat nec admittit nepotem, quando filius deficit in ſucceſſione propter exheredationem: quippe & exheredatus manet in poteſtate. Unde porro ſic argumentor. Ille poteſt rumpere teſtamentum per querelam, cui debetur legitima, & qui habet jus præciſum & immediatum ſuccedendi ab inteſtato, per text. *in l. cum quæritur. 6. C. h. t.* Sed nepos, vel qui in ulteriori ſunt gradu, ſuperſtite filio, illius nepotis patre, non habet jus ſuccedendi ab inteſtato. Ergo non poteſt rumpere avi teſtamentum. (2.) Eſt pro nobis textus expreſſus. *in l. ſi quis filio exheredato 6. d. inoff. rupt. &c.* ubi habetur: quod ſi filius ſit exheredatus, & extraneus inſtitutus, poſtea, antequam hereditas adeatur, naſcatur nepos ex filio exheredato, non eum rumpere teſtamentum: cum ut reſpondet JC. nec exheredari ejuſmodi nepos deberet ab avo, quem pater præcedebat. (3.) In eandem ſententiam eſt textus, *in l. ſi quis poſthum. 9 §. ſi filium. 2. d. lib. & poſt.* ubi reſpondetur, quod ſi filius ſit exheredatus, & extraneus inſtitutus, nepos vel deſcendens ex filio exheredato, non intret primum locum in ſuitate, nec habeat jus ſuccedendi, nec rumpendi teſtamentum. (4.) Accinit *l. illud 4. §. 1. d. bonorum poſſeſſ. contr. tabul.* ubi habetur, quod ſi filius ſit exheredatus, & nepos, vel deſcendens ex eo præteritus, non is habeat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, nec aliud remedium juris. Et ita ſe habent formalia verba JCti: *Si quis filium, quem in poteſtate habuit, inſtituerit heredem, vel exheredavit, & ex eo nepotem omiſerit, bonorum poſſeſſioni non eſt locus; quia non eſſet nepos ſuus heres futurus.* Ex quibus apparet, vivente filio, nepotem in avi hereditate jus habere prorſus nullum. Et proinde quemadmodum inſtitutio filii impedit omne jus nepoti, ſic pariter peccatum, vel ingratitudo filii, non poteſt tribuere jus ullum nepoti. Ex pari etenim procedunt: quod namque

capere poteſt filius ante nepotem, hôc itidem ſemet poteſt privare. Et tandem roborat noſtram opinionem, argumentum deductum à ſufficienti partium enumeratione. Namque aut nepos vel deſcendens, cupit rumpere teſtamentum ex perſona patris, vel ſui nomine. Ex perſona patris id non poteſt: cùm ille ſit legitimè exheredatus. Nec item hoc ei conceſſum eſt ex propria perſona. Nullam namque cauſam ingratitudinis commiſit, ac ſi aliquam commiſit, non fuit ea avi teſtamento inſerta, ſicque ceſſat querela, & ſolùm competeret jus dicendi teſtamentum nullum ex capite præteritionis. Sed nec hoc fieri poteſt, quia teſtamentum non peccat in forma, ſuaſque habet partes ſubſtantiales: cùm filius qui præcedebat, fuerit legitimè exheredatus. Ergo cùm nepos nullam habeat actionem, vel competens remedium juris, nec etiam rem, vel hereditatem poterit habere.

Obſtare videtur, quòd ordine ſucceſſivo ab inteſtato nepoti hereditas defertur, ſi vel re ipsâ, vel hereditatis repudio jus filii ceſſat. Ita pariter idem videtur eſſe dicendum, quod nepoti deferatur querela, quæ ordinatur ad obtinendam hereditatem. arg. *l. 1. §. quib. 10. de ſucceſſor. edict. l. 1. §. ſi filius. 4. d. ſuis & legit. hered. cum ſimil.* Verùm id obtinet in ſucceſſione ab inteſtato, non in ea quæ eſt ex teſtamento, vel contra teſtamentum. Et ratio diverſitatis eſt in promptu. In ſucceſſione ab inteſtato ſi deficiat primus gradus, quâcunque jam id fiat ratione, meritò locus eſt ſecundo, tanquam proximiori, nec aliter per rerum naturam fieri poteſt. Si verò filius legitimè ſit exheredatus, nequit locus eſſe nepori, quia in locum exheredati non venit proximus ab inteſtato, ſed qui eſt in teſtamento nominatus. At dicis, filium exheredatum pro mortuo haberi. *l. 1. §. ſed etſi patruus. 5. de conſung. cum emanc. lib. eius.* vel ſaltem pro emancipato. *l. 2. quod cum eo.* Reſp. id ſolùm fieri, quoad excludendum eum à ſucceſſione patris, non verò quoad alium admittendum.

22. *De conjecturis & præſumptionibus circa exheredationem.*

NOn præter rationem, juriſprudentia noſtra, in Theoricam & practicam dividi ſolet. Quamvis enim ſi propriè loqui velimus, tota ea practica exiſtat: quippe cum pars ſit practicæ Philo-

Philoſophiæ, & tota ad praxin ordinetur, ejuſque finis unicus ſit juſtè & tranquillè in Republ. vivere, quod non ſpeculatione, ſed praxi conſequi licet: practica verò & Theorica Philoſophia, ſpecies ſint contra diſtinctæ. Nihilominus tamen & artes ac practicæ diſciplinæ, aliquo modo ſpeculantur: non enim definire vel dividere artifex poteſt, niſi ſpeculetur: unde & Ariſtoteles *in metaphyſ.* ait: artes ſpeculari non per ſe, ſed ut opus conſequantur. Sicque negari nequit, diſtincta eſſe ſtudia ſeu officia jurisperiti, theorian & praxin. Theoria in juris cognitione conſiſtit, & præcipuè id agit, ut leges earumque rationes inquirat, explicet, interpretetur. Praxis reſpicit immediatè uſum, & cumprimis id agit, ut leges ad hujus vel illius perſonæ, vel rei, tam publicæ, quàm privatæ utilitatem accommodet aptè. Hæc ergò in deliberationibus, in conſiliis & reſponſis, inque judiciis potiſſimum exercetur. Illa circa principia, ſeu media verſatur, & in ſcholis potiſſimum viget, hæc jus ipſum & leges docet, quas illa adplicat facto. Verùm in juris ad factum applicatione, præſumptiones & conjecturæ maxumè vigent, ſuaſque exerunt vires. Namque factum haut rarò latet, & in obſcuro eſt, ubi conjecturis opus; & præſumptionibus. Interdum animus facientis variat jus, qui ſanè cum non videatur, iiſdem adminiculis indigemus; & quidem eum præcipuè ad finem, ut ſciamus cui probationis onus incumbat, quiſve vincat, etiamſi nihil à ſuâ parte fuerit approbatum, & quomodo item in cauſis ex utraque parte dubiis ſit judicandum. Hujus rei, ſpecimen proponere lubet, in materia exheredationis. Sicque cum exheredatio plerunq; fiat malâ mente, habetur ea pro odioſâ, ideoque non debet interpretatione adjuvari, ſed reſtringi. *l. cum quidam. 19. d. liber. & poſth.* Imò benigna dicitur interpretatio, quæ odium exheredationis excludit, licet vitiet teſtamentum. *l. 2.* ubi hoc not. Jaſ. *d. l.* cujus aliàs tantus eſt favor, ut ſubtilis regula juris appelletur, quæ vitiat teſtamentum, eaq; cedat benignæ interpretationi, per quam teſtamentum ſuſtinetur, etiamſi talis interpretatio, ex præſumpta teſtatoris voluntate colligatur. *l. ſi ita ſcriptū. 13. in pr. d. lib. & poſth.* Quâ ratione filio exheredato, filia non intelligitur exheres ſcripta, *l. 1. §. ſed etſi. 5. d. ventr. in poſſ. mitt.* Gabr. *in concl. 6. n. 11. d. V. S.* quamvis pronuntiatio ſermonis in ſexu maſculino, ad utrumque ferè ſemper porrigatur. *l. pronuntiat. 195. in pr. d. V. S.*

 Unde

Unde etiam deducitur, quod ſi exheredatio non directè ſequitur ex verbis, facta non intelligatur. *l.1. & 2. & l. inter cætera.30. d. lib. & poſth.* Ita ut communiter ſit approbatum, ſi teſtator dixerit: *Filium meum non inſtituo, vel prætereo, quia talem ingratitudinis cauſam commiſit:* talem verborum conceptionem non pro legitima exheredatione, ſed pro præteritione habendam. Covarr. *in c. Raynutius. in pr. num.1. de teſtam.* Etſi item, impoſſibilis conditio, habeatur pro non ſcripta. *l. obtinuit. 3. d. condit. & dem.* quando tamen adjicitur exheredationi, vitiat ipſam exheredationem ex hoc eodem noſtro fundamento, quòd exheredatio non debet interpretatione adjuvari. Socin. ſen. *ad l. 3. §. purè. num. 3. d. lib. & poſth.* Sic & præſumitur exheredationis cauſam, in teſtamento à patre expreſſam, non veram, ſed falſam eſſe. Quamvis enim Pater ſummoperè diligere filium cenſeatur, & ita præſumi poſſet, ni cauſa eſſet vera, quod eam non expreſſiſſet: & tamen ipſa exheredatio fidem facit, affectionem & amorem Patrem aliquantum remiſiſſe. Menoch. *4. præſ. 29.* Sic quoque dicunt Dd. licet neque locum, neque tempus commiſſæ ingratitudinis exprimi in teſtamento ſit neceſſe, heredem tamen, & locum & tempus probare debere: quod notatu digniſſimum eſſe tradit Alex. *conſ. 203. n. 9. vol. 2.* Jaſ. *in auth. non licet. n. 120. d. lib. prætér.* itidem ex eo, quod exheredatio eſt odioſa, & tanquam injuria patri illata, ubi locus & tempus ſunt exprimenda. Pariter ſuper hocce fundamento ſtruunt: Si fuerit filius, qui ingratitudinem commiſit, receptus ad communem victum, ex eo præſumi remiſſam injuriam & factam reconciliationem. *l. in ipſius. 5. Cod. fam. erciſc.* & inde non poſſe exheredari: Gravett. *conſil. 721.* quamvis diſſentiant multi, ut notat Menoch. *d. libr. præſ. 30. n. 5. &c.* & diſtinguant inter injuriam remiſſam ante & poſt exheredationem: ut nempe injuria remiſſa ante conditum teſtamentum, non ſit ſufficiens cauſa exheredationis; poſt conditum verò teſtamentum illa remiſſio non rumpat teſtamentum. Sed tamen durum eſt manere effectum; ſublata cauſa, præſertim ſi effectus ita ſit odioſus, & quaſi ordini contrarius naturæ.

23. *Etiam naturales liberi, de inofficioſo queri poſſunt.*

EUm, qui non ex juſtis nuptiis eſt natus, νόθον Græci vocant: quod

quod nomen & Latinis remanſit. Horum multifariæ ſpecies in jure reperiuntur. *Una* eſt eorum, quos cœlibes ex amicis & pellacis in concubinatum aſcitis tollunt, quas olim veteres uxorum penè loco, nec ſine dignatione quâdam domi habebant. Et proinde *in Novell. 89.* Naturales indigitantur, (eò quòd naturâ à juſtis liberis vix differant, & tantùm iis repugnet jus commentitium, ſeu civile, quo matrimonia ſolemni ritu & ordine ineuntur(quod tamen vocabulum novum eſt, nam olim naturales dicebantur in ſervitute nati. Ant. Faber. *deciſ. 35. error. 5. à pr.* *Secundam ſpeciem* mihi conſtituunt liberi ij, qui *concepti* ſunt *ex amica non domi exiſtente, ſed qua per ſtuprum cognita, alii ſeſe non prabet.* Hi, *an naturalium mereantur nomen, an verò ſpuriis ſeu vulgò quaſitis ſint accenſendi?* controverſiâ non caret, & quæ magni etiam eſt momenti. Ac ſanè ſi inſpiciamus *l. cum tabulis. 16. de his qua ut indign.* ut & traditiones Juſtiniâni *in Novell. 89.* vix jura naturalium tuebuntur. Is enim requirit cohabitationem, & in concubinatu ſpecimen quoddam vel exemplum non jure contracti matrimonii, & quale contubernium ſervis fuerat imaginatur. Jac. Curt. *tom. 1. conject. libr 3 c. 8.* Unde tria concurrere debent, ut liberi ſint naturales: (1.) ut nati ſint ex ſoluto & ſoluta, cum qua matrimonium eſſe potuiſſet. (2.) ut pater duntaxat habuerit unicam concubinam, & illa uno concubinario fuerit contenta. (3.) ut in domo, menſa & lecto fuerit retenta, affectione concubinali: ſolumque defuerit ad perfectum matrimonium affectio maritalis. Ferrar. *in form. libell. pro hered. ab inteſt. in gloſſ. nullis ſuperſtitibus.* Peregrin. *3. de Jure Fiſci. t. 18. n. 3. &c.* Quin & Schifordegherus *libr. 3. tr. 25. quaſt. 10.* tradit, hodie prorſus nullos eſſe naturales, ſed ſpurios omnes, eò quòd concubinatus olim toleratus, prohibitus hodiè inveniatur expreſſè. Verùm quamvis conſuetudo latius produxerit naturalium liberorum adpellationem ad eos quoque, qui non ex concubina ſunt procreati: ſed ex alia libera fœmina, quam quis amoris impotentiâ ſuperatus, compreſſit. Rittersh. *ad Nov. part. 7. cap. 5. n. 2.* & hodie pro naturalibus haberi, qui nati ſunt ex ſoluto & ſoluta extra domum retenta, & cum qua matrimonium eſſe poſſit, atteſtatur Cravett. *conſ 166. n. 9.* Theſſaur. tamen *deciſ. 22. n 2.* id impropriè fieri dicit. Ac Peregr. *d. t. 18. n. 7. & ſeqq.* ſcribit: quamvis de jure Canonico prohibitus ſit concubinatus, jura tamen civilia loquentia

de

Digitized by Google

de commodo ſucceſſorio liberorum naturalium præ ſpuriis, non eſſe ſublata: modò ſint verè & ſecundùm jus civile naturales, quod pluribus auctoritatibus firmat idem *n. 4.* licet concedat, eos ita eſſe naturales, ut poſſint per ſubſequens matrimonium legitimari. *num. 10.* *Tertiam* nothorum ſpeciem conſtituunt, qui in certo patre ſunt prognati, unde & à Seneca publici pueri, vulgò verò ſpurij nominantur: ἀπὸ τοῦ σποράδην, quod eſt ſparſim ac vulgò *l. vulgo. 23. de ſtatu homin.* ſeu ut Plutarchus opinatur, quod veteres eos, qui patrem ciere non poſſent, his notis ſignificarent, S. p. quaſi ſine patre. Unde errore primùm, mox uſu ſpurius fuerit factum. *Quartum* genus eſt eorum, quos adulteria gignunt & inceſtus. Hos quidam hybridas vocant, ἀπὸ τῆς ὕβρεως, tanquam ex contumelia juris aut naturæ natos. Etenim quia auctore Plinio. *8. natur. hiſt.* propriè hybridas dicunt animalia ex cicuris & feri miſturá, aut ex diverſo vel impari genere nata: ad homines quoque illa appelatio translata fuit, velut ſi quis ex cive & peregrina, ex patricio & plebeia, ex libero & ſerva, aut ex cœlibe & virum vel uxorem habente, ex profana & initiato ſacris naſcebatur, &c. ita ut verè ſcribat *d. loc.* Ferrarienſis: innumerabiles ſeu multarum ſpecierum eſſe liberos ex damnato amplexu generatos: Comprehendunt etenim eos, qui ex inceſto ſunt nati, tum ex adulterio, tum qui ex Monacho aut monacha, ut & jure Canonico ex presbyteris. Quorum tamen omnium una conditio eſt, ut neque matri neque patri ſuccedant, imò neque inter vivos, neque mortis cauſa, aut in ultima voluntate, quicquam ipſis vel directè vel indirectè à parentibus relinqui poteſt. *Novell. 74 & 89. auth. ex complexu. C. d. inceſt. nupt.* ac ne alimenta quidem ipſis debentur, quod tamen hodie, meritò eſt correctum. ut tradit Ritterſ. *d. p. 7. c. 8. num. 6.* Spurii quoad patrem minimè ſuccedunt: non enim habent certum patrem, vel quem habent, eum honeſtè demonſtrare non audent. *l. 23. d. ſtat. hom.* ſed habent tantùm jura cognatorum, *id eſt*, matri ut legitimi, & unà cum legitimis ſuccedunt. *§. noviſſimè. ubi Dd. Inſtit. d. SC. Orfician.* niſi ea ſit illuſtris, quo caſu à legitimè natis fratribus vel ſororibus excluduntur. *l. 5. Cod. d. tit.* Ex eadem ratione, quâ dicunt noſtri Dd. natos ex concubinis viliſſimis, & parentibus poſitis in dignitate, ſpurios eſſe, non naturales. Peregrin. *3. d. Jur. Fiſc. c. 17.* De naturalium ſucceſſione eſt ſciendum, eos non ſolùm ſuccedere matri:

tri: Forſter. *6.cap.11.* ſed & patri (ſi is nullos habeat liberos juſtos, vel legitimam uxorem) in ſextantem ſeu duas unicas hereditatis. *auth. licet C. d. natural. liber.* vel ſoli, vel unà cum matre in capita dividendas. ut ſi ſint tres & mater, ſinguli ſemiunciæ ſint capaces. *Novell. 18. cap. 2. ac 5. & Nov. 89. cap. 12.* & videri poteſt de capacitate nothorum, vel incapacitate Peregrin. *d. t. 18.* latè diſſertans. Sed de eo quæſtio moveri ſolet: *An naturalis liberi præteriti vel ſine cauſa exheredati, de inofficioſo queri poſſint?* Et nempe an *Nov. 89. cap. 12.* non licentiam ſolùm patri concedat, ſed neceſſitatem imponat (ſi ut dixi legitima uxor vel liberi non adſint) aliquid ipſis (duas putà uncias) relinquendi. Negat hoc Hotoman. *diſput. d. ſpur. cap. 3.* Cujacius, vero affirmat *ad Novell. 18.* cui conſentit Dn. D. Bocer. *diſput. ff. t. d. petit. hered. theſ. 8.* videri etiam poſſunt hâc de quæſtione alii, in utramque partem diſputantes, relati à Hilliger. *tom. 2 fol. 469.* ut & Cujac. *2. obſerv. 21. lib. 3. obſerv. cap. 8. & lib. 14. obſerv. cap. 4.* Hoc quidem negari non poteſt, *Nov. 18. d. cap. 5. & Novell. 89. cap. 12.* loqui de caſu inteſtati, nec ullibi cogi patrem has uncias illis, vel aliquam legitimam relinquendi. & *in d. c. 12. §. 4.* ſcriptum invenimus hoc locum habere, patre de ſubſtantia ſua non diſponente. Et tamen non ex ſenſu contrario, hæc verba id important, ut nihil debeant habere, ſi pater ita velit, ſanciatque in ſuo teſtamento: ſed potiùs hunc habent intellectum, ut tot uncias debeant habere, patre nihil ampliùs eis relinquente. Ac porro cùm liberi ex concubina, prognati ſint verè liberi, ſecundùm naturam noſtram, adeò ut in certam portionem uxore vel liberis juſtis deficientibus, ab inteſtato, ut liberi ſuccedant, non video quomodo non harum in quas ab inteſtato ſuccedunt unciarum tertiam portionem, tanquam legitimam, locoque legitimæ petere poſſint: namque ſi filius, ergo hæres: Si hæres, cui naturâ aliquid debetur, id non poterit pater adimere ipſi: maxumè cùm legitima, *ideſt*, portio quædam ſubſtantiæ paternæ, ſit juris naturalis. Ergo & liberis naturalibus neceſſariò quoque erit relinquenda: nec prohibitum eſſe ex legis ratione, juſtaque conſequentia, aliquid deducere approbatur. *l. 13. cum. ſimil. d. legib.*

24. *An filius adulterinus per ſubſequens matrimonium legitimetur, ſuccedatque ab inteſtato: & per conſequens, an habeat querelam?*

QUæſtioni huic alia præliminaris eſt præmittenda: *An nimirum duci ea poſſit, quam quis antea per adulterium polluebat?* Quamvis verò jus Cæſareum, nec morte diſſolutô matrimoniô, copulari adulteros permittat. *l. Claudius. 13. d. his quibus ut indign.* Et tamen indubitatè Canonicum jus hoc matrimonium probat, eamque ducere concedit, cum quâ antea quis adulterium perpetrarat. *can. denique. c. poſſe ſanè. 31. q. 1. c. ſignificavit. ext. de eo qui duxit in uxor. quam poll. per adulter.* Nunc autem regula eſt communis & indubitata, quando leges civiles & Canones inter ſe pugnant, & verſamur in materia Eccleſiaſtica, ſeu ſpirituali, qualis etiam cenſentur matrimoniales, quod tunc in utroque foro, jus Canonic. ſit ſervandum: tunc enim locum habet illud vulgatum, leges non dedignantur ſequi Canones Sacroſ. *auctor. c. clerici.* ubi Panorm. & C. C. *extr. d. iudic.* maxumè cum non repugnant juri divino. Ant. Maria. *tr. d. comm. opin. lib. 2. t. 9. f. 122.* Menoch. *1. cap. 3. num. 2. & lib. 2. caſ. 185. num. 12.* At verò jus Canonicum hanc circa quæſtionem, non contrarium eſſe legibus divinis, ex eo ſumitur conjectura, quod Theologi noſtrates, non illicitam eſſe cenſent hancce copulationem. Dn. D. Lucas Oſiand. *2 Reg. 12.* D. Melancht. *in ſuis locis. comm. tit. d. coniug.* Nic. Hemmingus. *tr. d. coniug. fol. 214.* Nec obſtant *can. adulterio. can. illud. 3. 1. q. 1.* ubi contrarium noſtræ deciſionis firmatur: nam *in ſeqq mox. canon.* reſpondetur, id procedere; quando quis eam, cum qua adulterium commiſit, vivente ipſius maritô, in uxorem ducere vellet, vel maritus mortem ſuæ conjugis machinaretur, ut adultera potiri poſſet.

Nec quem movere debet auctoritas Theod. Bezæ. *qui in tr. d. repud. f. 269.* latè nobis adverſatur: Nititur enim criticâ falce corrigere textus canonicos, pro nobis militantes; quod odioſum perhibetur. vid. *conſ. 1. iunctum. tr. meo de nuptiis.* Sed & porro hoc eſt indagandum, *an ſi tale matrimonium concedatur, filii ante nati legitimentur?* Matrimonium enim extra dubium hunc habet effectum, ut filii poſt legitimam copulationem nati legitimi efficiantur, ſed de iis qui antea in adulterio ſunt prognati, hoc idem

idem regulariter dicere nequimus. Quamvis verò extra dubitationis aleam poſitum ſit, quòd filii naturales, per ſubſequens matrimonium legitimi efficiantur, *§. fin. Inſt. d. nupt.* cum ſimil. Idem tamen dici non poteſt de iis, qui ex adulterio ſunt concepti, & ſpuriis extra dubium accenſentur. Et quoque legitimationi liberorum ut ſit locus requiritur, ut inter virum & mulierem tempore conceptionis, aut ſaltem nativitatis, matrimonium contrahi poſſit. *l. nuper. 11. C. d. natural. liber.* Schneidewin. *Inſt. d. patr. poteſt. num. 21.* Gail. *2. obſ. 141. num. 4.* Decian. *reſponſ 5. num. 92. & 96. vol. 1.* ubi ſcribit, quamvis de jure Canonico hanc conſideretur affectio maritalis, id tamen omnino perpendi, an à principio inter illos potuerit matrimonium eſſe, vel non. Et ratio eſt hujus deciſionis, quia tales liberi ex damnato complexu nati, abominabileſque ſunt & exoſi omni jure. Nam & lex naturæ adulterio abſtinere jubet. Quod Cicero teſtatur. *2. d. legib.* Nec ſi regnante ait Tarquinio, nulla erat Romæ lex lata de ſtupris, idcirco non contra illam legem ſempiternam Sext. Tarquinius vim intulit Lucretiæ. Erat enim ratio profecta à rerum naturâ, & ad rectè faciendum impellens, & à delicto avocans, quæ non tunc incipit lex eſſe, cùm ſcripta eſt, ſed tunc cùm orta eſt. Orta eſt autem ſimul cum mente divina. Imò animalia pleraque bruta, ſummoperè adulteria averſantur, & quantùm ea hominibus odiô eſſe debeant, indiciis teſtantur. Sicuti ex Plinii. *lib. 8. hiſt. nat. cap. 5. & 7. ac libr. 10. c. 34.* & quoque Æliano. *libr. 1. & 15. hiſt. animal.* ac etiam Ariſtot. *libr. 9. hiſt. animal. cap. 7.* conſtat Elephantes adulteria non noviſſe, columbas item, turtures & ciconias adulteria deteſtari. Ut igitur parentes, tàm grave adulterii vitarent crimen, non ſine ratione à jure civili eſt introductum, filios ex adulterio natos, per ſubſequens matrimonium non legitimari. Quod & conforme eſt Canonico juri. *c. tanta.* ubi Gloſſ. *fin. extr. qui fil. ſint legitim.* Neque hoc tantùm, verùm & inſuper tales liberi, nec patri, nec matri ſuccedunt, & inſucceſſibiles, ut loquuntur, exiſtunt, omnibus parentibus, per lineam fœmininam & maſculinam. *auth. ex complexu. C. d. inceſt. nupt.*

Quæ tamen omnia notabilem admittunt limitationem: nempe ſi vir & mulier vel ambo, vel alteruter neſciverint, inter eos matrimonium conſtare non poſſe. Puta ſi putaverit maritus, uxorem mortuam eſſe, vel mulier neſcivit, eum cùm quo rem habet, eſſe maritum. Nam hoc caſu filii ex illegitimo matrimo-

nio prognati, per ſubſequens matrimonium legitimantur, Gloſſ. *in d.c. tanta. ad verb. etiam. extr. qui fil. ſint legit.* Anton. de Roſell. *in tr. legitimationis, part. 1. c. pen.* Præpoſitus. *in c. quod nobis. col. 3. ext. qui fil. ſint legit.* Curt. Jun. *conſ. 27. numer. 8.* Maſcard. *d. probat. concluſ. 798. num. 5. vol. 2.* ubi communem ſententiam eſſe dicit, & quæ etiam opinio, vel ut magis communis, vel ſaltem in re dubia, pro legitimatione prolis eſt recipienda. Et quoque regulariter ignorantia præſumitur, donec ſcientia probetur. *c. præſumitur. d. R. I. in 6.* præſertim in facto alieno, ut firmat latè Decian. *reſp. 43 num. 38. ac reſp. 55. num. 96.* Idque locum habet, ſi quis probabiles habeat ignorantiæ ſuæ cauſas, putà, ſi quis maritus exiſtens, in oris peregrinis verſetur, & ab omnibus pro cælibe habeatur. Præſumitur namque quis talis, ex quo habetur, pro tali. *per l. item apud Labonem. §. ſi quis Virgines. ff. d. iniuriis.* Et ibi Bart. not. Sic is præſumitur Clericus, qui diu ſtetit in quaſi beneficio clericatus. Gravet. *conſ. 134. num. 44. part. 1.* Sicuti & is, qui diu ſtetit in quaſi poſſeſſione prælaturæ, prælatus præſumitur, ut dicit Bald. *in l. 2. num. 75. Cod. d. ſervitut. & aqua* facit, *l. ſi ignorans. 50. cum ibi notat.* per Gloſſ. *ff. locati.* & ibi habetur, non contempſit diſciplinam, qui militem ignoravit. Et in ſpecie non præſumitur quis matrimonium contraxiſſe: ut dicit Bart. *conſ. 42. lib. 1.* Corneus. *conſ. 68. n. 13. lib. 3.* Et Pariſ. *conſ. 59. num. 1. lib. 4.* Qualitas enim, quæ naturaliter homini ineſt, ſemper ineſſe præſumitur, donec probetur mutatio. Naſcimur autem omnes celibes. Ergo, &c.

Ad hæc omnia accedit, quod regulariter ignorantia in muliere præſertim, præſumi ſolet. Alciat. *reg. 1. præſumpt. 42. num. 2.* & eſt *text.* in terminis noſtris, *in l. ſi adulter. 38. §. fratres. 4. d. adult.* Denique cum præſumptio ſemper in meliorem partem, ſit accipienda, *c. eſtote. d. R. Jur. l. ſemper in dubio. 56. d. R. Jur.* inde ſequitur, ut quando actus poteſt importare delictum grave, vel parvum, præſumatur pro minore delicto, Gloſſ. *in l. pen. Cod. d. fideiuſſor.* Bald. *in l. fin. in ult. col. C. d. Ædil. edict.* Et ex eadem ratione in dubio magis ſtuprum quàm adulterium præſumi ſolet. Cravett. *conſ. 138. num. 1.* ac ſuſpicio delicti, ut quis complexum damnatum fecerit, evitari debet. Bald. *conſil. 448. num 1. in 3. dub.* & in terminis noſtris, id Ægid. Boſſius tradit. *in pract. crim. tit. d. coit. damn. num. 30.* Facit etiam quòd diſpoſitio pœnalis, ignorantes

non

non comprehendit. *l. fin. d. decret. ab ord. faciend.* Grammat. *conſ. crim. 25.* Et ignorantia facti, nedum à pœna, ſed & à peccato excuſat. Tiberius Decian. *conſ. 57. num. 4. & conſ. 72. num. 18. vol. 3.* Ceſſat igitur conjectura, quâ dicitur, ignorantiam pro ſcientia haberi, ubi facilè quis certiorari potuerit, apparere in contrarium veritatem. *l. continuus. 131. §. cùm ita. d. 2. V. O.* Nam præſumptio fortior, quæ ex circumſtantiis ſumi poſſet, elidit debiliorem. *l. divus. 7. d. in integr. reſtit. l. non omnes. §. à Barbaris. 6. d. re milit.*

Sed quid dicendum eſt eo in caſu, *ubi maritus cum ſolutâ rem habet, annè talis partus pro adulterino, & tali, qui nec per ſubſequens matrimonium poſſit legitimari, haberi debet?* Et quidem cum legitimatio & ſucceſſio, ex jure civili non canonico deſcendant, & tanquàm articulus merè ſecularis, ex jure civili ſit dijudicandus; Jure civili autem maritus in ſoluta, minimè adulterium, ſed tantùm ſtuprum committat. Quando namque vir conjungatus cum ſoluta rem habet, tunc de jure civili, nec ex parte viri, adulterium cenſetur, & proinde nequeunt aliquâ pœnâ adulterii puniri: quam indubitatam doctorum ſententiam eſſe, dicit Rol. à Valle. *conſ. 74. num. 12. lib. 1.* eamque etiam ait eſſe communem Caccialupus. *in repet. l. ſi qua mulier num. 58. C. ad Orſitian.* Unde etiam tradunt, natum ex ſolutâ & marito, habilem eſſe, ad ſuccedendum ex teſtamento patris. Joſeph. Ludov. *deciſ. 18. num. 29.* Cephal. *conſ. 48. num. 20. part. 1.* Sicque cum de jure civili talis partus ſpurius tantùm, non adulterinus ſit: Spurii autem de jure canonico & conſuetudine, ſi à patre agnoſcuntur, per ſubſequens matrimonium legitimi reddi poſſint, ut jam ſupra eſt dictum. Exinde porro ſubſequi videtur, & tali ſpurio, ex marito ac cælibe prognato, legitimationem non denegari debere. Verùm cùm indubitatum exiſtat, de jure canonico *c. nemo. 32. q. 4.* cui quoque die Fürſtl. Würtemb. Lands-Ordnung/ *fol. 204.* & orbis Chriſtiani conſuetudo conſentit, etiam cum ſoluta adulterium à marito committi, eandemque hîc pœnam locum habere. Exinde porro ſequi puto, jure noſtro hodierno, filios ex conjugato & ſolutâ natos, adulterinos, & ex damnato coitu ortos, & ſic non legitimabiles, ut loquuntur, eſſe. Cùm ergo jus civile, ſpurios legitimatione per matrimonium ſubſequens indignos reputet, & jus canonicum quod quidem ſpurios per matrimonium legitimari concedit, liberos tamen extra matrimonium à marito

prognatos, pro adulterinis habeat, ſicque nullum jus iis aſſiſtat. ſequitur nec hoc nos dicere debere; quod & placet Graſſo. *§. legitima. quæ. 3. num. 3.* Et quamvis ut *ab init. hujus quæſt.* dixi, matrimonium hodie concedatur inter adulterantes: tamen non poteſt importare legitimationem. Eſt namque potius diſpenſatio quædam, quæ uti odioſa reſtringi debet: ut tradit Caſtrenſ. *in l. ſed ſi hoc. §. patronum. autem. ff. d. in ius voc.* & in noſtris terminis ferè Zaſ. *in l. ſtipulatio hoc modo. num. 46. d. V. O.* Mynſinger. *1. obſervat. 35.*

25. *An legitima adhuc hodie alio; quàm inſtitutionis titulo, relinqui poſſit?*

IN hâc quæſtione, ſi praxin, uſumque forenſem inſpiciamus, omnino relinquenda eſt (ni teſtamentum annihilari velimus) legitima titulo honorabili inſtitutionis; ita ut non ſatis eſſe dicant, ſi vel plus legitimâ illi debitâ legatur. Rittershuſ. *ad Nov. part. 6. c. 3. num. 36. &c.* Hackelm. *illuſtr. 6. theſ. 12. lit. b.* Attamen ſufficiens eſſe reputatur, ſi filius inſtituatur etiam in minima portione: ut nec filio jus ſit dicendi teſtamentum nullum, nec querela habeat locum, ſed tantùm condictio ex lege ad petendum ſupplementum. Vaſq. *d. ſucceſſ. creat. §. 30. num. 77.* Et nullâ ratione pater efficere poteſt, ne filius legitimæ ſupplementum petat. Schæffer. *3 quæſt. 11.* Quin imò ajunt, licet pater, qui filio minus legitimâ reliquit, prohibuiſſet, ne plus petere poſſit: nihilominus tamen, nec teſtamentum irritari, ſed adhuc tantùm locum eſſe ſupplemento. Eſt namque remedium illud petendi ſupplementum principaliter introductum, in favorem teſtatorum, ut ultimæ voluntates conſerventur. Graſſus *§. legitima. q. 32.* Et ait Clarus, *§. teſtamentum. quæſt. 38. num. 1. ad fin.* hanc diſpoſitionem, quæ requirit filii inſtitutionem, ex parte honorabilem, ex parte etiam filio utilem eſſe. Nam ſi filius fuerit in re certâ, etiam minimâ inſtitutus, hereditatem repudiante univerſali coherede, tota hereditas accreſceret ipſi filio inſtituto in re certâ. Quod tamen ſecus eſſet, ſi non titulo inſtitutionis, ſed aliquo particulari, aliquid ei eſſet derelictum. Et item vel hoc nomine, id utile filio eſſe, quia inſtitutus capit propria auctoritate, quod ſi faciat legatarius, perdit legatum. Heres quoque ſcriptus poteſt intentare remedium. *l. fin. C. d. edict. Div. Adrian.* & petere ſe mitti in poſſeſ-

poſſeſſionem, quod legatario denegatur. Inſuper & hoc practici dicunt, valere teſtamentum, ſi in eo ſcribat pater; *relinquo filio centum pro legitima, vel falcidia, &c. vel pro parte ſuâ.* Putant namq; hanc verborum conceptionem importare inſtitutionem: & ſatis eſſe, mentem teſtatoris, apparere, licet verba quandoq; non ita aperta eſſe videantur. Nec etenim omnem teſtatorem ſcire dicere, *heredem inſtituo, vel titulo inſtitutionis relinquo.* Hancque opinionem tanquàm æquiorem, & quæ magis faveat teſtamentis in practicâ ſervandam eſſe, dicit Clarus. *d §. num. 12.* Et generaliter tradunt, titulô inſtitutionis videri quid relictum, quando verba teſtatoris ad eum ipſum referuntur, cui quid relinquitur, ut habeat ab ipſo teſtatore, non alio. Anton. Theſſaur. *deciſ. 85. num. 3.* Hæcque omnia, obtinere quoque in legitimâ parentum, ut ſcil. hæc quoque eis non alio, quàm inſtitutionis titulo à liberis debeat relinqui, communis eſt opinio, Dd. repudiatâ Bartoli ſententiâ ſingulari, qui ſufficere reputabat, ſi etiam titulô ſingulari, parentibus legitima relinquatur. vid. Fachin. *4. c. 30.* At verò ab hac communi opinione quæ in legitima requirit titulum inſtitutionis, ſeceſſionem poſt Irnerium, antiquum Gloſſatorem, fecit Vaudus. *1. var. quæſt. 5.* qui Doctorum illam traditionem, meram contineri videri ſubtilitatem potiùs quàm utilitatem, ait. Etenim ſancitum eſt, non habere filium quod queratur, cui legato aut fideicommiſſo, legitimæ pars aliqua ſit relicta. *l. omnimodo. v. & hac quidam. l. ſi. quando. 35. § ult. Cod. h. tit.* Nec dixerit quiſpiam illis legibus derogatum eſſe Novellâ *conſtitut. 115. cap. 5. in pr.* Leges namque illas non modo non obliterat *d. Novell.* verùm magis confirmat. Ait namq́ue: *Etiamſi certis rebus, liberi parenteſve, iuſſi fuerint eſſe contenti, hoc caſu teſtamentum quidem nullatenus ſolvi præcipimus, &c.* Ex quibus apparet, non magis eos in legitimâ eſſe inſtituendos, quàm relinquendam, legandamve illis portionem ſuam. Idque vel ex eo apparet, quod mox ſubjungit Imp. ab hæredibus implendum eſſe trientem illum, conſtitutione expreſſum. Cùm tamen ſi in legitimâ neceſſariò eſſent liberi inſtituendi, cohæredes, non ſimpliciter hæredes dixiſſet. Et etiam cùm legitima, hereditas non ſit, nec ea neceſſariò inſtitutionis titulo relinquenda erit, ut ait Frid. Tileman. *diſput. ff. 13. theſ. 29. vol. 1.* Quamvis & hanc Vaudi opinionem, controverſam faciat Buſius, & pro communi pugnet. *in l. 8. §. ſi*

quis

quis mortis cauſa. num.2.ff.h. Attamen quæ adfert nihil decerpunt iis, quæ à me modo ſunt allata. Fateor quidem propter jus accreſcendi & alia commoda, magis utilem eſſe filio inſtitutionem: ſed non quid filio utile ſit in quæſtione nunc verſatur, ſed quid pater facere cogatur. Non quoque ita honorabilis eſt ille titulus inſtitutionis, cùm in minimâ etiam portione, filium inſtituere ſatis ſit, ex communi opinione. Ac tandem qui legitimam præter titulum inſtitutionis alio quodammodo accepit, nec exheredatus, nec præteritus dici poteſt: ut rectè ſcribit Arumæ. *diſput. ad Leg. præcip. 7. theſ. 21.* Addi poteſt ſermo Forenſis Marcell. Lyclamæ à Nychold.

26. *Novellam 115. c. 3. ob æquè graves, vel etiam graviores cauſas, ab exheredatione liberorum haut arcere parentes, reputarem.*

DOcent rectè interpretes noſtri, cùm ratio in lege eſt expreſſa, aut firmiſſimis, ac evidentiſſimis rationibus inde elici poteſt, fieri extenſionem etiam pœnalium atque odioſorum, ad alias perſonas, cauſas & caſus, in quibus eadem ratio obtinere videtur. Namque ut contra mentem legis & legumlatoris, adeoque contra legem ipſam, pænarum reſtrictio fiat, committi non decet: cùm non conveniat nos eſſe clementiores lege. *Novell. 82. cap. 10.* Proinde licet Paulus JC. ſcribat, *in l. 19. d. liber. præterit. exheredationes non eſſe adiuvandas,* hoc eſt extendendas. *l. 64. d. condit. & demonſtrat.* Nihilominus tamen, ſi majores vel ſimiles quædam ſint cauſæ iis, quæ expreſſæ inveniuntur in *d. Novell. 115. cap. 3.* & quæ ideò re ipsâ, licet non verbis, ſub illis expreſſis, quaſi ſpecies ſub genere continentur, ex his quoque exheredes fieri liberos exiſtimo. cum auctoribus qui hoc graviſſimè aſſertant. Dn. D. Bocer. *in claſſ. diſput. de inſtit. & exhered. liber. theſ. 44.* Fachin. *6. cap. 78.* Cujac. *d. Novell. 18.* Bronchorſt. *3. ἐναντ. aſſ. 26.* Speckh. *1. quæſt. 95. & ſeq.* & utriuſque opinionis auctores enumerat Ritterſhuſ. *part. 6. cap. 3. num. 16. & ſeq.* Licita namque eſt extenſio ad ſpecies ſub eodem genere comprehenſas. *l. 14. d. inuſt. rupt. l. 1. §. ſi is qui navim. d. exercit. act.* Et inde quis negaret ſi filius contra Principem vel patriam arma ſumat, liberum eſſe patri eum facere exheredem; quamvis hoc non expreſſè dicat Juſtinianus: cùm laudem mereretur ſi filium hanc propter cauſam etiam neci daret.

ret. *l. 35. de relig. & ſumpt. funer.* Econtra inter omnes ferè convenit, quòd non poſſit filius exheredari, ob ſimplicem bonorum dilapidationem: Schurff. *conſ. 97. num. 5. cent 2.* quia hæc cauſa minor, quàm à Iuſtiniano expreſſa. Deeo non convenire videtur inter Doctores: *An filius vel filia exheredari poſſit. qua matrimonium contraxerit, ſine conſenſu parentum?* de quo videatur Sichard. in *conſil. teſtament. 4.* Id quod magis eſt ut affirmem: quod & aſſerit Ulpianus, in *l. 3. §. 5. d. bonorum poſſ. contr. tabul.* & colligo ex *Nov. 115. cap. 3. §. 5. 11.* argumentô ductô à contrario ſenſu, ex identitateque rationis. Si filia tùm demum non habetur pro ingrata, quæ *25.* annos prætergreſſa, marito libero tamen ſe jungit. E. ſi hoc ante 25. annum fecerit, & cui ipſe pater proſpexiſſet, ingratitudo id erit. Idque etiam multorum locorum ſtatutis eſt receptum. Conſtitutio Electoralis. Kirchen Ordnung. tit. von Ehegelübdnuß. *fol. 111.* Illud tamen hîc addo, non ſimpliciter graviores cauſas ad exheredationem ſufficere: ſed quæ ſimul ad injuriam parentum ſpectant. Sicque homicidium, furtum, &c. quamvis graviora ſint delicta, quibuſdam cauſis., quæ ſufficiunt ad exheredationem; tamen, cùm ſpectent ad publicam vindictam, non ad privatam injuriam parentis, propterea filius non poterit exheredari: ut notat Tileman. *diſputat 13. theſ. 6. volum. 1.* Non obſtat, quod ſcribit Juſtinianus: *Non licere præter illas, ex aliis Legibus ingratitudinis apponere cauſas, &c.* Id enim pertinet ad excluſionem minus graviorum cauſarum, quæ quæ olim admittebantur, non ad remotionem ſimilium cauſarum. Nam ad ſimilia procedere ſemper licet. *l. non poſſunt. 12 d. leg.*

27. De Exheredatione ob hæreſeos cauſam.

INter cauſas exheredationis poſtremo loco Imper. Juſtinianus etiam hæreſin refert. Ubi primò omnium eſt ſciendum, quis hæreticus exiſtat, & pro hæretico ſit habendus? Sanè hæc unica quæſtio diſtinguit mundum à Chriſto, carnem à Spiritu, pios ab iis, qui ſunt hypocritæ, gregem electum à reprobo, viam arctam à lata. Ergo in hæretico definiendo non ſequi debemus opinionem hominum partis majoris, imò contrariâ viâ eſt incedendum: quippe ſæpe omninò latent, qui Deo placent. Et ſæpè Zelus eſt, ſed non ſcientiâ informatus, aſt ſtultitiâ de-

formatus. Olim nullæ pœnæ erant hæreticorum legibus comprehenſæ, & omnes, quæ inveniuntur in jure noſtro, variæ pœnæ hæreticorum, omnes ſunt introductæ per Imperatores Theodoſio poſteriores, ut teſtatur Matth. Stephan. *ad titul. 1. Cod. num. 30. & ſeq.* Et quidem in jure noſtro, non ſolùm graves in hæreticos conſtitutæ ſunt pœnæ, ſed & facilè aliquis hæreſeos crimen incurrit. Jus autem Canonicum, hæreticos igne comburit. *t. extr. & in 6. de hæret.* Definitur verò *hæreticus, qui levi argumento, à Judicio Catholicæ religionis, vel tramite eius deviavit. l. 2. §. 1. C. de hæret.* leve, idem eſt quod minimum. *cap. ſedes. 15. extr. de reſcript.* Sicque Juſtiniano hæreticus eſt, qui in minimo argumento, vel in minimo puncto, à regula fidei recedit. Nec hæreticus ſolùm eſt, qui in duobus aut pluribus fidei articulis, ſed qui in minimo apice ſeu puncto, ad fidei regulam pertinente, errat. Matth. Stephan. *d. loc. num. 8.* Sed mihi placet moderatio Beuſtii, præſertim ſi agamus de aliqua pœna, civilem reſpiciente converſationem, qui in *tr. de matrimon.* ſcribit: Magnâ prudentiâ & diſcretione opus eſt, in diſcernenda hæreſi, præſertim in hoc exulceratiſſimo ſeculo, & quorundam Theologorum invidioſiſſimis diſputationibus in cauſis religionis. Religioſè conſulenda eſt ſacra Scriptura, & in timore Dei cum judicio legenda, & examinanda. Et *eodem loco.* Inter infideles non eſſe numerandos, aut computandos, ait, eos, qui in uno aut altero Chriſtianæ religionis argumento diſſentiunt, & tamen nihilominus in fundamento Chriſtianum dogma profitentur. Sed hæc Eccleſiæ, piiſque Theologis relinquo dijudicanda. At verò cùm in Imperio Germanico Romano, Pacificatione Religioſâ Anno 1555. ſancitâ, duæ Religiones, Romano-Catholica, & quæ adhæret Confeſſioni Auguſtanæ, ita ſunt adprobatæ, ut ſalvâ exiſtimatione, ſalvoque omni civili jure, utram quis velit, profiteri licitum cenſeatur, ut multis docet Friderus Mindanus. *1. de proceſſ. cap. 28. & ſeqq.* Non ideò amplius eſt permiſſa, exheredatio liberorum ob religionis reformatæ profeſſionem, & ècontra. Licet namque noſtrates, peſſimos hæreticos pronuncient Romanenſes, & ferè nemo è Catholico-Romanis, nos non hæreticos vocet: attamen pax illa religioſa, civilem quæ reſpiciunt converſationem, publicæ neceſſitatis causâ, ita temperavit, ut neutri in politicis ſit fraudi, hancnè, an illam profiteatur. Sicut & Imp. Juſtinus

nus, Juſtiniani Pater. *in l. 12. in pr. verb. excipiuntur. C. d. haret.* Gothos, licet plerique eorum fuerint Ariani, tamen eos excipit è numero hæreticorum, eò quòd ſint fœderati. Ita ut jus civile, civiles pœnas hæreticorum, etiam pro ſtatûs ratione, tollere queat. Ita pariter exheredem ſcribere non licet filium, eo nomine, quod adhæret dogmatibus Calvinianis. Licet enim tales à noſtris etiam Theologis, pro hæreticis habeantur, & ut tales mordicus oppugnentur, tamen certamina hæcce Eccleſiaſtica, turbare non debent publicam pacem & quietem, quamdiu Calviniani, in ſeſſionibus Imperij, ipſiuſque Imperatoris in Electione, tolerantur, pro ſtatibus & membris Imperij publicè habentur, fœderibus non excluduntur, & omnibus aliis gaudent commodis civilis ſocietatis: nullâ ergò eos pœnâ, civilem reſpiciente vitam, homo privatus, afficere poterit, cùm publicè tolerentur. Nam ſanè hæreticum filium, ideo potuit olim exheredare pater, quia hæretici non ſolùm dignitatem habere, & jus dicere prohibentur, *d. l. 12.* ſed huic hominum generi, nihil ex moribus, nihil ex legibus commune cum cæteris exiſtit. *l. 4. C. de haret.* Ergò his ceſſantibus, & cùm hæretici in civili communione tolerantur, deficiet quoque effectus.

Major eſt controverſia, in eo: *An alicui, ſub hac conditione legatum relinqui poſſit; ſi profeſſus fuerit Catholicam, vel Auguſtana Confeſſionis religionem:* putà ſi quis ſcripſerit, *filium meum inſtituo in legitima, catera mea bona habebit Titius, ſi tamen filius meus, qui nunc Pontificius, reverteretur ad noſtram confeſſionem, volo ut ipſi Titius reſtituat integram meam heredit atem.* Quæritur ergò: *An hac conditio, pro licita ſit habenda?* anne verò hæc eadem, tanquam juri publico adverſa, pro non adjecta agnoſcenda. vid. Jac. Alemann. *in Palaſtr. Conſultat. conſult. 10.* Et quidem videri poſſet, hanc conditionem valere. Etenim cùm quilibet, rei ſuæ moderator ac arbiter exiſtat, proinde ut inter vivos, ita & per ultimam voluntatem, res ſuas cum certa conditione transferre quilibet poteſt. Et quidem favorabilior eſt ultima illa voluntas, quâ poſt mortem noſtram aliquid fieri debet, quàm quâ nos aliquid facimus viventes. Hincque multa diſponi poſſunt teſtamento, quæ non per contractum introduci queunt: hincque benignius interpretamur extremas voluntates, quàm conventiones. Nihil enim magis hominib⁹ debetur, quàm

ut ſupremæ voluntatis liber ſit ſtylus,& licitum arbitrium habeatur, quod iterum non redit. *l.1. C.d. SS. Eccleſ.* Indeque pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas. *l.88. d.legat.2.* Et ſolatium eſt fati, voluntas ultra fatum: ut eleganter ſcribit Lipſius, *in præf. tract. de Cruce.* Ergò nec hoc prohibitum eſſe videtur teſtatori, & cùm bona ſua velit quidem filium habere, ſi modò ſuæ eſſet religionis, ea illi ſub tali legat conditione. Nam in caſu contrario, jam mentem ſuam ſatis declaravit, quòd nempe nolit filium ea habere. Idque videtur etiam hanc ob cauſam fieri omninò poſſe: quia non verſamur in caſu exheredationis, nec ubi filio aliquid neceſſariò eſt relinquendum. Certi namque juris habetur, hereditate (legitimâ portione exceptâ) filium à patre privari poſſe, pro liberrimo arbitratu, nulla omninò expreſsâ causâ. (2.) Adjecta conditio legato vel fideicommiſſo, illa pendente, pendet quoque legatum ipſum: nec quicquam ante eventum conditionis dicitur deberi. *l.cùm ad præſens.37.& l.ſeq.ſi certū petat. l.cedere diem.213.* ubi Alciat. *d. V. Signif.* Et in terminis, quòd legatum ſub conditione, ante eventum conditionis non debeatur, ſed eâ deficiente, non tam evaneſcat, quàm nec retrò quicquam legatum intelligatur, text. eſt in *l.41.d. condit. & demonſtr. l.5. in princ. verſ. ſed ſi ſub conditione. ff. Quand. dies legat. ced.* Ex quo porrò ſubſequitur: Conditionem ad unguem eſſe obſervandam ab eo, qui ex conditionali diſpoſitione commodum ſperat: quæ utpote actui ſit ſubſtantialis. *l.2.§.prius.4.d. vulgar. & pupill.* Namque datum ſub una conditione, ut hîc, ſi Religionem mutet, intelligitur ſub contraria ademptum, & quidem tacitè, ac vi ipsâ diſpoſitionis. *l.1.v. hujus rei. de offic. ejus,&c. l.Pomponius.40.§.ſed &.15.d.procur. l.ſi inter me & te.15. de except. rei judic.* E. videtur dicendum, aut debere ſequi implementum, aut carere filium fideicommiſſo. (3.) Catholicam aut noſtram amplecti confeſſionem, nequaquam turpe videtur, ac ideò conditio de amplectenda alterutra Religione, non aliquâ turpitudinis notâ laborat: cùm maximè utraque in pace religiosâ comprehendatur. (4.) Maximè facit, quod nihil impedit, quo minus alicui eâ conditione aliquid poſſit legari, ſi hanc vel illam duxerit, & quidem ad eum effectum, ut niſi paruerit conditioni, à legato excludatur. *l.63.§.1.d.condit. & demonſtrat.* Quemadmodum autem libera eſſe debet religio, ita pa-

riter

riter hoc de matrimonio dicunt noſtrates. Gail. *2. obſ. 93. num. 1.* Sichard. *in l. 1. num. 2. C. d. inſtit. & ſubſtit.* Si ergo libertatem matrimonii hâc ratione licet coarctare, utique & religionem. Et inſuper ad religionem nemo cogitur hoc modo, ſed tantùm invitatur. Aliud autem eſt cogere, aliud invitare. *l. fin. ſi quis aliquem prohib. teſtari. l. fin. C. eod.*

Sed tamen contraria opinio, magis probabilis mihi videtur. (1) Namque impoſſibiles conditiones vitiantur & non vitiant. *l. 1. ff. d. condit. inſtitut.* hoc eſt ipſæ evaneſcunt. *l. 6. ff. eod.* ſeu pro non ſcriptis habentur. *l. 16. in f. d. leg. 3.* perindè, ac ſi purè legatum eſſet. *l. 9. §. 1. ff. d. hered. inſtit.* nullaque hic tacita, vel expreſſa conditio attenditur. Impoſſibilis autem habetur conditio, quæ reſpectu ejus, qui eam adimplere debet, vel omninò fieri, vel ſine turpitudine fieri nequit. *l. 15. d. condit. inſtitut.* ubi Dd. Et talis eſt hæc, de quâ agimus impræſentiarum. Nam impoſſibile eſt homini converti, hocque vel illud credere, ſed merè eſt opus Spir. S. & illuminationis divinæ. Spiritus namque, ubi vult, ſpirat. Fides non eſt cujuſvis, &c. (2.) Conditio turpis pro non adjecta habetur. Sicque conditio divortii (quamvis de jure civili, illiuſque temporis moribus frequentiſſima fuerint divortia) tanquam inhoneſta rejici ſolet. Duaren. *cap. 4. d. condit. & demonſtr.* Ergo hoc item de ſpirituali divortio dicendum erit. Præſertim verò, etſi non turpè ſit religionem mutare, & amplecti quam quis putat eſſe veriorem; tamen turpe eſt & non caret ſuſpicione levitatis, hoc facere occaſione legati, vel alterius pecuniarii commodi. Quin & ratione legantis hæc conditio turpitudine non caret: Turpe enim eſt aliis modis, quàm quos Chriſtus uſurpavit, & ab eo didicit Eccleſia primitiva, promovere religionem, & id redolere videtur Simoniam. Namque in ſpiritualibus cùm invito aliquem ſpe lucri, committo Simoniam. Sichard. *in l. 1. C. d. inſtit. & ſubſtit. num. 2.* ſiquidem ea fit, quandocunque aliquid promitto, vel accipio pro re ſanctâ. *c. non ſatis. extr. d. Simon.* (3.) Non leviter noſtram opinionem probat. *l. 8. in pr. d. condition. inſtitut.* Relictum ibi fuit alicui aliquid ſub jurisjurandi conditione, *id eſt*, ſi juraverit. Et reſpondet ibi JCtus, heredem aut legatarium ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis jurisjurandi conditio inſeritur: & Prætorem providiſſe ait, ne is, qui ſub jurisjurandi conditione quid accipit, aut omit-

Digitized by Google

tendo conditionem perderet hereditatem legatumve, aut cogeretur turpiter accipiendi conditionem jurare. Cùm enim faciles ſint nonnulli hominum, ad jurandum contemptu religionis, alii perquàm timidi, metu divini Numinis, uſque ad ſuperſtitionem; ne vel hi, vel illi, aut conſequerentur, aut perderent quod relictum eſt, Prætorem conſultiſſime interveniſſe, ait *ibid.* Ulpianus. Æquiſſima, imò admodùm pia eſt deciſio hæcce. Non vult enim res divini juris, impertinenter ſecularibus commodis immiſceri. Non vult occaſione negotiorum politicorum, vel aliquem ad Atheiſmum invitari, vel alicujus ſuperſtitionem, & conſcientiæ imbecillitatem interturbari. Si ergo hoc valet in jurisjurandi conditione, multò magis locum habet, ſi religionis, quam hactenus profeſſus quis eſt, abnegatio alicui loco conditionis injungatur: cùm amplius quid ſit religionem mutare, quàm jurare, de hoc vel illo faciendo. Et ſine dubio timidi magis ſunt homines, metu divini Numinis, ad religionem abjurandam, quàm ad jurandum. Hancque opinionem, aliis adhuc argumentis roborat Petrus Syringus. *in diſp. de pace Relig theſ 45.*

Nec aliquid noſtræ opinioni decerpere poteſt, quod diximus, magnam eſſe ultimarum voluntatum favorem, eamque pro lege quâdam meritò haberi: id namque fallit eo in caſu, quo turpe aliquid, illicitum, honeſtatique contrarium in illa voluntate continetur: cùm nemo facere queat, quo minus leges in ſuo teſtamento locum habeant. *l. nemo poteſt. 55. de leg 1.* (2.) Quamvis teſtator nihil in propoſito caſu Legatario relinquere fuerit coactus, & ita ſub contraria conditione, quicquid reliquid adimere poſſe videatur, aliud tamen eſt nihil relinquere, aliud inhoneſtam addere conditionem: illud eſt in poteſtate teſtatoris, hoc in poteſtate legis. Non abſurdum eſt alicui nihil relinquere, cui de jure nihil debemus: Abſurdum verò & legibus contrarium eſt addere conditionem impiam, ſtultam, impoſſibilem, inhoneſtam, quæ omnia robur accipiunt ex *§. fin. Inſt. d legat. l. unic. C. d his qua pæna. nom. relinq.* & traditis à Donell. *3 com. 3. num 30.* (3.) Quamvis Catholica aut Auguſtanæ confeſſionis religio, fuerit cuilibet in pace religiosâ conceſſa, & non cenſeatur inhoneſtum, hanc vel illam amplecti, tamen non ea conditio, habetur honeſta: quemadmodum etiam permiſſum eſt jure civili uxorem repudiare, & tamen illa conditio improbatur. Licet namque

que mutare religionem, ſi cui ita videatur, ſed id alicui imponere ſub pænâ privationis legati, inhoneſtum cenſetur, & ut jam modo dixi, Simoniam redolere videtur. Tandem non impedit me, argumentum deductum à conditione ſi hanc vel illam duxeris, ad hunc noſtrum caſum. Ex diverſis enim illatio fieri nequit. Et aliud eſt hanc vel illam ducere, quod fieri poteſt ſalvâ conſcientia & fama; aliud religionem mutare. Licet item in nuptiis reſpicere ad dotem, non vero; in mutatione religionis, rationem habere lucri cujuſvis temporalis.

28. *In legitima computatione, numerum non augent exheredati, ſed pro mortuis habentur.*

CAſus hujus quæſtionis poteſt eſſe talis. *Pater quidam tres filios habet, quorum duo ob iuſtam, & de iure adprobatam cauſam exheredes facit: quæritur nunc, an tertii legitima ſit triens, an verò tantùm trientis pars tertia, ſeu nona pars totius hereditatis, quantum nempe ad illum tertium legitima nomine perveniſſet, ſi duo reliqui non ingrati extitiſſent?* Hâc de quæſtione ita obſcurè loquuntur Dd. ut Fulgoſius ignoraverit, quid in câ re, de jure conſulere deberet, teſte Graſſo. *§. legitima. q. 7. num. 3.* Et magis eſt ut dicam, trientem integrum obedienti pro legitima relinquere cogi parentem, nec numerum augere exheredatos. argum. *l. 16. & ſeq. ff. h.* Cùm quippe ii pro mortuis habeantur, in eaque ſint conditione, ac ſi nati non fuiſſent. *l. 1. §. ſed & ſi patruº. 5. ff. d. coniug cum emanc. liberis eius l. ſi poſt mortem. 20. §. liberi. 4 d. bonor. poſſ cont. tabul. §. ſed noſtra. 3. verſ. ſi vero. Inſtit. d. ſucc. lib* quibus textibus omnibus approbatur, paria eſſe, liberos non habere, vel eos exheredare. Ceſſat namque eo caſu multitudo liberorum in hereditate participanda; quæ ſola ratio eſt, cur legitima minuatur vel augeatur. *Nov. 18.* Et meritò itaque conſtitutio quoque ceſſat: quia fruſtrati ſpe ſucceſſionis, perinde habentur, ac ſi non eſſent. Et hanc propter rationem, portio legitima deficiens exheredatorum, aliorum liberorum legitimæ accreſcit, nec ad extraneum, qui eſt forſan ſimul inſtitutus; pervenire poteſt: ut poſt alios Gomeſ. ſentit. *tom. 1. cap. 11. num. 22.* Buſius. *ad l. 23. § fin ff h.* Graſſus. *d quæſt. 7. num 7.* Idque generaliter locum habet, ſive vivente patre filius moriatur, monaſterium ingrediatur, aut ſucceſſioni, mediante juramento renuntiet, aut exheres ſcribatur. Sicque

que adnotatum eſt, exiſtente ſtatuto, ut deficientibus maſculis fœminæ ſuccedant, maſculis exhæredatis, fœminæ eſſe locum. Coſtal. *in l. 17. ff. h.* Aliud tamen erit reſpondendum, ſi filius poſt mortem patris excludatur, repudiatione putà vel tacita, vel expreſſa: quia tunc portio deficiens non accreſcit ſoli filio in legitima inſtituto, ſed & aliis extraneis ſupervenientibus ſeu ſimul inſtitutis cuilibet pro rata portione. Sicque intelligo reſponſum illud Ulpiani, *in l 8. § quoniam. hoc tit.* ubi ait: *Filius, qui non capit partem in legitima, nihilominus facit partem.* Quod ulterius explicat Rittershuſ. *ad Novell part. 6. cap. 4. num. 34.* & Cujac. *ad Novell. 18. cap. 1. fol. m. 563. & ſeq.*

29 *An teſtamento per querelam à fratre inſtitutam reſciſſo, fratrum liberi cum patruis admittantur ad ſucceſſionem?*

ID quod meo judicio rectè placuit Accurſio & Angel. *ad l. 1. h. t.* Pari enim paſſu ambulant ſucceſſio & querela. Reſciſſo ergò teſtamento, ſuccedit ſtatim cauſa inteſtati. *l 6. §. 1 h. tit.* quamvis diſſentiat Buſius. *ad l. 1. num. 8 h.* Ait ille fraudem legi fieri, quæ fratrum filios à querela penitus excludit. *l. fratres. C. h. t.* Sed non fit fraus legi, cùm Juſtinian⁹ in ſucceſſione fratrũ filios per jus repræſentationis fratribus æquârit. Nec novũ eſt aliquem alieno beneficio habere, quod ipſe per ſe habere non poſſet. Nec prodeſt per ſe querela fratrum, filiis fratrum defunctorũ: ſed quia cauſa teſtati eſt ſublata, ſuccedente ſimpliciter cauſâ inteſtati. Sunt tandem de legitimæ computatione quæſtiones multæ. Putà, *an nepotes ex filia, dotem maternam, in legitimam avitam imputare teneantur?* vid. Rauchbar. *2. q. 18.* *An in pecunia, vel in corporibus hereditariis praſtanda?* Peguera. *deciſ. 111.* *An eam filius eligere poſſit, in bonis alienari prohibitis, vel alteri legatis?* Peguera. *deciſ. 110.* *A quo tempore eius fructus debeantur?* Peguera. *deciſ. 125.* vid. etiam Magon. *deciſ. 85.*

Eſt & donatio inofficioſa, ubi quæritur: *An in totum revocetur; vel uſque ad legitimam ſolum?* Schæffer. *3. quaſt. 35.* Item, *utrum ibi remedio ſit locus, ſi parentes uni ex filiis bona ſua vendunt?* vid. Roſacorb. *1. quaſt. 43.*

Tit. III.
DE PETITIONE HEREDITATIS.

30. Petitio hereditatis, eſt actio merè realis.

VAriis modis hereditas peti poteſt. *Primò* petitione hereditatis, *dein* familiæ erciſcundæ, *tertiò* fideicommiſſariâ hereditatis petitione. *quartò* condictione ex *l. fin. Cod. d. edict divi Adr. toll.* & tandem interdicto quorum bonorum. Nunc de hereditatis petitione ita ſpecialiter dictâ, ut agamus, titulus noſter monet. Eſt autem ea actio civilis, univerſalis, bonæ fidei, quâ actor petit declarari ſe eſſe heredem, & hereditatem ad ſe ſpectare, in totum vel pro parte, & reum poſſidentem ſine titulo, condemnari ad res hereditarias reſtituendas: cum fructibus perceptis & percipiendis. Haërſolte. *d. act. part. 2. act. 10.* Datur autem ea omnibus qui vel ex teſtaméto, vel ab inteſtato, vel ſtatuto ſeu conſuetudine, aut quovis alio modo, ſive per ſe, ſive per alios hereditarium jus habent. Et etiam querela inofficioſi, nihil aliud eſt, quàm petitio hereditatis ab inteſtato, cujus cauſa allegatur, quòd teſtamentum ſit inofficioſum. Donell. *19. com. 3.* Cujac. *in parat. C. d. inoff. teſt.* Ita ut otioſa ſit quæſtio illa, quâ multum diſceptatur: *An inofficioſi querela cum hereditatis petitione uno libello cumulari poſſit?* Hackelman. *illuſt. 6. theſ. 16. ad fin.* Petitionis verbo, plerumque actiones reales denotantur. *l. 178. verſ. petitionis. d. V. S.* Cùm itaque hæc actio ſit realis. *l. 25. §. 13. h. t.* rectius ſpecialiter petitio, quàm actionis vocabulo generali denotatur. Ideo autem illa realis eſſe reputatur, quia datur contra poſſidentem. *l. 13. §. fin. h. t.* qui nullo ex contractu, ad dandum vel faciendum eſt obligatus: quique ſolùm ratione ejus, quod poſſidet, id ſcil. ut reſtituat, convenitur. Id quod proprium eſt realium actionum, quâ peculiari velut notâ à perſonalibus diſcriminantur. *§. 1. Inſt. d action* ibique Dd. Weſemb. *h. ſub num. 6.* Sed cum illa ſit univerſalis, in eamque ideo veniant perſonales præſtationes, & incorporalia jura, ut actiones, ita ut per eam debita hereditaria petantur; inde aſſumere videtur naturam perſonalis actionis, & à nonnullis mixta indigitatur: Arumæ. *diſput. ad Leg. 7. theſ. ult.* ita ut teſte Nicol. Bellono. *2 ſupputat cap. 3* in hâc quæſtione, an ſcil. Petitio hereditatis ſit merè realis, an mixta actio, vix diſcerni poſſit, quæ ſit opinio communis. Et quidem mediam amplectitur

ditur opinionem Bellonus. *cap. 4.* Ait namque non eſſe mixtam ſed realem mixtam, pariter ut actio finium regundorum, familiæ erciſc. communi dividundo: quoniam oriuntur ex quaſi contractu, ſunt perſonales. Sed quia competunt etiam pro rei ſuæ vindicatione, dici queunt perſonales mixtæ. Sed malè mihi videntur argumentari, qui aliquam mixturam hîc inducere nituntur, ex eo quod illâ petimus perſonales præſtationes. Quippe nam eas quaſi vindicamus, *id eſt*, ſine obligationis vinculo intendimus; noſtras eſſe illas res incorporales, à defuncto relictas, ut bene loquitur Tileman. *diſput. ff 13. theſ. 37. vol. 1.* & conſentit Hackelman. *ill. 6. theſ. 16. à pr.* Non hîc agimus propter illas præſtationes, adverſus eum, qui ad illas eſt obligatus ex contractu, ſed qui earum quaſi poſſeſſionem, nullo vel heredis titulo ſibi adplicare contendit. Nec obſtat. *l. 7. C h. tit.* ubi mixta videtur appellari: nam ibi non dicitur quod ſit mixta, ſed quod ratio, *id eſt*, conſideratio quæ militat in perſonali mixta; putà communi dividundo, familiæ erciſcundæ, finium regundor. idem hîc operetur. Nempe ut quemadmodum illis mixtis tempus præſcriptionis attenditur, quatenus participant de perſonali: ſcil. 30. annorum: ſimiliter in petitione hereditatis id fiat: non quod æquè ſit mixta, ſed quia in eam veniunt præſtationes perſonales, ut rectè id explicat Bellonus. *d. cap. 3.*

31. *An petitio hereditatis detur contra titulo poſſidentem?*

NOn habet dubitationem ullam, quin is regulariter petitione hereditatis conveniri poſſit, qui poſſidet pro herede vel poſſeſſore. *l. regulariter. 9. h. t. n.* Pro poſſeſſore dicitur poſſidere, quivis malæ fidei poſſeſſor, juſto titulo carens. Ergò expeditum eſſe apparet, petitione hereditatis conveniri non poſſe, qui vel à defuncto vel alio titulum habet. Parlador. *1. quot. d. c. 5.* Meichſner. *tom 3. deciſ. 9.* Etenim titulo poſſidens potius jus habet, quàm agens petitione hereditatis; quippe quæ & perſequitur res quoquo modo in hereditate repertas, etiamſi nullo dominii jure detineantur. *l 19. in fin. h. t. n.* Illud in maxumo dubio verſatur, *an & is compelli queat hereditatis petitione, qui titulum conſecutus eſt ab eo, qui ipſe conveniri poterat illâ actione?* Et quidem reſpondet JC. *in l. 13. §. 3. 4. & 5. h. t.* eum hereditatis petitione utili teneri, qui

ſimu-

ſimulatum titulum habet, v. gr. qui exiguô pretiô hereditatem emit, vel ſciens alienam eſſe comparavit. Ex quâ lege Fachinæ. *1. controv. 4.* & Buſius. *ad l. 9. & 13. h. t.* deducunt; tantùm in caſibus, *d. l. 13.* expreſſis, titulum ab eo, qui hâc actione noſtrâ inquietari poterat, habentem, convenire licitum eſſe. Verùm ratio juris & æquitatis pro Bartolo & ſequacibus militare videtur; qui dicunt, quòd is, qui juſto titulo nactus eſt hæreditatem, ab eo qui pro poſſeſſore vel hærede eam poſſidebat, petitione hæreditatis utili, à vero hærede rectè conveniatur. Ac ſi quis poſſeſſor hæreditatis ipſe hâc actione conveniri queat, hoc idem dicendum eſſe de omnibus, qui ab eo cauſam habent: cùm ſcil. abſurdum videatur, eum, qui in alterius jus ſuccedit, plus juris habere, quàm auctorem ſuum *l ſi mulier. §. 1. d petit. heredit.* Ait quidem Fachinæus, argumenta ex hujuſmodi regulis generalibus deſumpta, valde periculoſa eſſe. Sed ea mihi quandoque accommodatiſſima videntur, cum ex ipſa ratione naturali, æquitateque procedant. Non ſanè Juriſprudentia talis ſcientia eſt, quæ in ſuperſtitioſa ſyllabarum captatione conſiſtit; ſed quæ ſequitur naturæ ductum, etſi nullæ leges eſſent. Et porro in noſtro hoc caſu, iniquum eſſet denegare actionem adverſus titulo poſſidentem, ſi eam nactus ſit à falſo hærede. Hoc quippe modo, nemo non conditionem adverſarii deteriorem reddere poſſet, rem hæreditariam alienando: & item eſt generale in realibus actionibus, ut ſequatur onus ſemper poſſeſſorem. *Tertiò* & hoc me maxumè movet, quod aliàs verus hæres nullam haberet actionem adverſus poſſeſſorem, ſi ipſi petitionem hereditatis denegaremus. Buſius quidem ad *l. 13. num. 3. h. t.* rei vindicationem hæredi paratam eſſe ait: Sed hæres, cùm Dominus non ſit, non habebit rei vindicationem. Quid etiam, ſi res aliena fuit in hæreditate, quam falſus hæres alienavit, quid ſi difficile eſt probare hæredi, quod dominium pertinuerit ad defunctum? Non obſtat *l. 13. §. 1. h. tit.* ex quâ, à contrario ſenſu argumentantur, in caſibus ibi non expreſſis, titulum, quem quis etiam à falſo herede habet, obſtare hæreditatis petitioni. Verùm ibi exempla tantùm proponuntur, & æquitatis rationem non reſtringunt, Nec licet argumentari à contrario ſenſu, ubi per illam argumentationem deſtrueretur jus expreſſum. Noſtra opinio autem probari videtur *in l. 9. & ſeq. h. t. n.* ubi dicitur teneri eum petitione hæreditatis, qui rem

hæreditariam, licet minimam, poſſidet. At vero, qui rem à falſo hærede emit, tenet rem hæreditariam. Ergo aliud eſt, ſi quis titulum habeat, ſed invalidum, ab ipſo defuncto. Tum enim res non eſt hæreditaria, ſed actio ſolummodò eſt in hæreditate. *An autem opponi poſſit de iure tertii, ſi quis in ſolidum hæreditatem petat?* decidit Theſſaur. *deciſ. 4.* Ac *poſſeſſor, à quo hæreditas evincitur, an ad inventarii exhibitionem, & iuramenti præſtationem ſimul & coniunctim adigi queat?* Rauchbarus quærit. *1. quæſt. 29.*

32. *Quinam fructus veniant in hæreditatis petitionem?*

REgulariter cùm de fructuum reſtitutione diſceptatur, diſtinguimus inter fructus futuros, pendentes, perceptos, percipiendos, & conſumptos. Futuri ſunt, qui nondum producti aut formati, ſed ſequentibus annis proventuri ſperantur. *l. 8. in pr. d. contrah. empt. l. 24. d. legat. 1.* Pendentes vocitamus, qui nati & formati, ſed nondum ſunt de re ipſa percepti, ſed terræ, aut arbori, viti, &c. adhuc hærent. *l. 44. d. rei vindic.* Percepti ſunt, à re jam ſeparati, quamvis adhuc jaceant humi, nec ex illis ſpecies aliqua ſit facta. *l. 9. §. ex reb. 1. d. donation. l. 78. d. rei vind.* nec impedire. *l. 13. ff. quibus mod. uſufr. amittat.* docet Caſtillo. *d. uſufr. cap. 77. num. 11.* Vocamus verò fructus non perceptos, qui quidem non ſunt acquiſiti, honeſtè tamen percipi potuerunt. *l. 33. d. rei vind l. 39. §. fructus. 1. d leg. 1.* Et tandem fructus conſumpti cenſentur, qui amplius non extant apud ipſum, qui eos percepit. Quod attinet fructus futuros & pendentes, dubium non eſt, quin ii ſemper ſequantur rem ipſam. Licet à veteri poſſeſſore ſati, & ad maturitatem uſque fuerint culti. *l. 33. d. rei vindic. l. 25. d. uſur.* Fructus namque pendentes pars fundi videntur. *l. 44. d. rei vind.* indeque pro immobili re habentur, eodemque jure, quo ipſa res, judicantur: ut multis probat Tiraquell. *tr. d. retr. lignagier. §. 1. gloſſ. 7. num. 37. & c.* Theſſaur. *deciſ. 55.* idque in quacunque materia procedere dicit Barboſa. *in l. divortio. in pr. num. 79. ad fin. f. 971. ff. ſolut. matrim.* quamvis interdum verus poſſeſſor, impenſas factas gratiâ fructuum percipiendorum, nos vulgò das Pflugrecht indigitamus repetere poſſit. Quod verò fructus attinet perceptos, diſtingui neceſſariò ſolet inter malæ & bonæ fidei poſſeſſorem. Etenim malæ fidei poſſeſſor, nullos fructus ſuos facit, ſed eos

eos omnes domino reſtituere tenetur. *l. 22. C. d. rei vind.* ſive titulum habeat poſſeſſionis, ſive non. *l. 10. §. per hanc. 15. quæ in fraud. credit. l. 33. l. 61. §. fin. d. rei vind.* ſive extent ſive ſint conſumpti, *l. 3. C. d. condict. ex leg.* ſive denique percepti fuerint, ſive non; honeſtè tamen percipi potuerunt. *§. & ſi in rem. 2. Inſt. d. off. iud.* Bonæ fidei verò poſſeſſor, quod ad fructus attinet, loco domini penè eſt. *l. 48 in pr. d. acquir. rer. dom.* & in percipiendis fructibus idem juris habet, quod dominis prædiorum eſt tributum. *l. 25. §. 1. d. uſur.* Licet fructus nondum conſumptos, vero domino reſtituere teneatur: quod multis probat Dn. Bocerus, & contrariis reſpondet, *in tr. d. fructib. iuncto. tr. de crim. Maieſt. num. 48. &c.* At hæc omnia locum tantùm habent in judiciis, ubi nempè petimus rem ſingularem. Etenim judicia univerſalia, ubi nempe petimus univerſitatem, quale eſt petitio hereditatis, hoc habent ſingulare; ut veniant in illa fructus percepti, quamvis conſumpti: nec etiam diſtinguatur, utrum bonâ an malâ fide hæreditas poſſideatur. Buſius *ad l. 20. h. tit.* Rauchbar. *1. quæſt. 28.* Fructus namque omnes, itemque ancillarum partus, augent hereditatem, *l. 40 §. 1. & 2. h. t.* Exindeque dicunt, in hac actione fructus venire jure actionis, cùm in cæteris reſtituantur juſſu ac officio judicis ſingulari. Dd. *ad l. 20. h. t. n.* Et quod hic diſtinctionem non admittimus inter bonam & malam fidem, ex eo fit, quia hac actione conventus, titulum vel prorſus nullum, vel invalidum habet. *l. 9. cum l. l. ſeqq. h. tit. n.* & dixi jam modo ſupra. Indeque ſi bonæ fidei poſſeſſor hæreditatis titulum haberet, putà teſtamentum licet invalidum; is fructus interim faceret ſuos. *l. 32. h. t.* Sicque etiam conſumptorum fructuum ratio habetur, ſi bonæ fidei poſſeſſor iis locupletior fuerit factus. *l. 1. C. l. illud. 40 §. 1. h. t.* quâ de re latè diſputat Schiffordegherus. *libr. 2. tr. 30.* ubi multis probat, quod hoc idem locum habeat in judiciis ſingularibus: id tamen rectè ait Buſius. *in d. l. 20.* uſu non obſervari. *An autem, & quatenus in fideicommiſſo, veniant fructus,* diſquirit Schultes. *1 qu. pract. 25.* Quando verò quis locupletior factus cenſeatur, in facto conſiſtit: & proinde ab eo, qui id allegat, probari debere Buſius tradit. *ad l. 23. ff. hic.* Sed mihi magis probabilis videtur opinio communis, quæ vult, cum pecunia ad aliquem perveniſſe apparet, eum ex eo locupletiorem factum præſumi, hâcque præſumptione, adverſarium ab onere probandi relevari: cùm nemo præ-

ſumatur jactare ſuum, & heres ad rationes & computum omnium emolumentorum teneatur: quamvis & hæc quæſtio à Schiffordeghero variæ diſputetur, *tr.29. lib 2.* qui vult, in dubio, fructus conſumentem, non cenſeri factum locupletiorem. Sed illæ, quas pro ſe, & Anton. Fabro adducit leges, haut videntur ad noſtrum ſpectare caſum: loquuntur enim conditionaliter omnes; poſſeſſorem hæreditatis non teneri de fructibus conſumptis, ſi non fuerit locupletior factus, non decidunt illam quæſtionem, cui probatio incumbat. At urget ille cùm primis. *l. 25. §. 1. h. t. n.* ubi ita reſpondet Ulpianus: *Si rem diſtraxit, & ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hæreditatis. Sed ſi res minoris valet, quàm comparata eſt, hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet. Quemadmodum ſi conſumpſiſſet, in totum locupletior factus non videbitur.* Ait nunc Schiffordegherus, notandam eſſe emphaſin illam verborum, *in totum*, ut nimirum intelligatur, ex conſumptione rei neminem locupletiorem factum præſumi. Sed mihi videtur Ulpianus non hoc dicere, quod putat Schifordegherus, ſed potius illud: in caſu propoſito, ex conſumptione non ſtatim cenſeri poſſeſſorem in totum locupletiorem factum. Ita ut hîc judicis arbitrium debeat verſari, quod & Buſio tandem placet.

Quod verò facimus differentiam quoad fructus reſtituendos, in judiciis ſingularibus & univerſalibus, huic obſtare videtur §. *2. Inſt. d. offic. iudic.* ubi ait imp. Et ſi hæreditas petita ſit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire, de ſingularum rerum petitione. Sed quemadmodum circa fructus in utriuſq; judiciis quædam eſt ſimilitudo; ita non per omnia convenire, ex latioribus ff. libris paſſim apparet. Imperatori namque noſtro haut fuit animus, hîc ex profeſſo de fructibus tractare: ſed illud ſolùm admonere, judicem utobique debere fructuum habere rationem; ſed quod æqualiter illorum rationem debeat habere, hoc non dicit Imperator.

33. *Poſt litem conteſtatam, omnes incipiunt malæ fidei poſſeſſores eſſe.*

SI qui bonæ fidei poſſeſſor erat, poſtea malæ fidei poſſeſſor fiat, tum omnes fructus ab eo tempore, quo malæ fidei poſſeſſor eſt factus, tàm extantes, licet eos ante malam fidem ſupervenientem

tem perceperit, quàm eos, quos poſteà percepit, aut honeſtè percipere potuit, reſtituere cogitur. *§. etſi in rem. Inſt. d. offic. Jud.* Sed quando is, qui bonæ fidei eſt poſſeſſor, malâ fide incipiat poſſidere? diſceptatio eſt ingens, & non parvi momenti. Julianus *in l. 91. § fin. d legat. 1.* ait: cauſam ejus temporis, quo lis conteſtabatur, præſtari debere, & ex eo tempore partus ancillarum, & fructus fundorum interim perceptos, in hoc judicium deduci: ut & quod ſervo legatorum vel hæreditatis nomine interim obvenit, præſtandum eſſe petitori. Quibus conſentiunt Impp. *in l. certum, 22. C. d. rei vind* ubi reſcribunt. Malæ fidei poſſeſſores, omnes fructus ſolere cum ipſa re præſtare; bonæ fidei verò, extantes: poſt litis conteſtationem autem omnes. Quibus non obſtat, quod alii tradunt juris conditores, etiam litem conteſtatam, ſi quis reſciſcat rem alienam eſſe, conſtitui quem in mala fide. Sicque Ulpianus *in l. 23. § tamdiu 1. d. acquir. rer. domin.* reſpondet, in fructuum acquiſitione non initium ſolum, ſed ſingula momenta ſpectari: Cui conſentit. *l. quaſitum 40. l. bona fides. 48. §. 1. d. t. & l. ſed etſi. 25 § ſi ante. h. t. n.* Non hæc ſuperioribus obſtant. Haud enim qui affirmat, poſt litem conteſtatam illud fieri, protinùs negat non fieri poſſe antè. Eſt enim hoc argumentum à contrario ſenſu, quod non procedit, ſi leges in contrarium extent. Ergo poſt litem conteſtatam nulla eſt differentia inter bonæ & malæ fidei poſſeſſorem quoad fructus. Quamvis Vultei. *1. diſceptat. Scholaſtic. ult. ad fin.* quandam adhuc differentiam reſidere inter eum, qui ab initio in malâ fide conſtitutus, & poſt litem conteſtatam in mala fide eſſe cepit, cenſeat. Ei verò quod dicimus conſtitui quem in mala fide, poſt litem conteſtatam, non obſtat *l. 25 §. fin. d. uſuris.* ubi reſponderi videtur, poſt evictionem, ſeu poſt ſententiam demùm, non per litis conteſtationem conſtitui quem in mala fide, & fructus non amplius lucrari. Verùm non ibi dicit Julianus, ante ſententiam facere quem fructus ſuos, ſed non amittere jus percipiendi. Ita ut interim (etiam poſt litis conteſtationem) ſuos faciat, ſed uſque dum res evincatur, *id eſt*, de litis eventu cauſæque juſtitiâ conſtet. vid. Ludov. Charond. *1. veroſimil cap. 7. à pr.* Videri quoque poteſt Dn. D. Bocerus. *tract. d fruct.* hæc utiliter enodans. *fol. 218.* & addatur Ant. Matthæ. *diſp. ff. 5. theſ. 18.*

CIN-

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro VI. Pandectarum.

TIT. I.

DE REI VINDICATIONE.

1. *De Natura huius actionis.*

TRactatui de actionibus, quæ univerſitatem concernunt, ſubjicitur meritò tractatio actionum, quibus perſequimur res ſingulares. Rerum aliæ ſunt corporales, aliæ incorporales *t. t. Inſt. de reb. corporal. & incorporal.* Ad corporalium rerum perſecutionem vindicatio competit. In corporales quomodò perſequamur, docetur *in libro. 7. & 8. ff* Rei vindicatio autem ſeu ſpecialis in rem actio locum obtinet, tàm in immobilibus quàm mobilibus rebus: tàm animalibus, quàm his quæ ſolo continentur. *l. 1 h. t. n.* Verbum rei, ſignat proprietatem. Vindicare, eſt ſuum repetere. Hincque vindicatio triplex reputatur: proprietatis, ſervitutis, pignoris. *l. 3. §. eſt autem & §. Pompon. ad exhibend.* Nam vindicatio omnis in rem actio appellatur. *l 25. d. O. & A. §. appellamus. Inſt d. Act* Sicque ad *§. 1. num. 27. d. t.* ſcribit Vultei. Vindicare eſt, vel dominium rei, vel jus, quod quis in re habet, ſibi aſſerere &c. Rei vero, ſeu Proprietatis vindicacio, etiamſi eâ utiliter experiamur, reſpectu cæterarum directa eſt. Hæc namque propriè loquendo, vindicatio appellatur, cæteræ ſunt quaſi vindicationes. Cujac, *5. obſervat. cap. 29.* Gœdd. ad *l. 131. n. 22. & ſeqq. d. V. S.* Rei vindicatio itaque eſt aſſertio proprietatis, quæ competit Domino directo, vel utili, adverſus poſſeſſorem rei cujuſdã corporalis: quâ petit actor ſe dominum rei controverſæ declarari, & eam officio judicis ſibi à poſſeſſore cum omni cauſâ reſtitui. Haerſolte. *in adverſar. act. 13. n. 2. &c.* Huic ut actioni ſit locus, duo requiri ſolent: Nempe dominium directũ, vel utile à parte agentis, & poſſeſſio à partè rei conventi. Dominium probare debet, qui agit petitorio, aut rei vindicatione, aliâs ſuccumbet. *L non tantum. de petit. hered.* Et quidem plenè probari debet, cùm ſuper dominio in hâc actione initatur

radix

radix & origo petitionis, ut Bald. loquitur *in l. cum res. in fin. C. d. probat.* Quin & dicunt interpretes noſtri, non ſufficere ſi illud ſemiplenè probetur, ita ut Juramentum ſuppletorium haut habeat locum. Cravett. *conſ. 152. num. 12.* Nec in dominii probatione ſufficit poſſeſſio auctoris, nec etiam fama, aut opinio communis, ſed probari debet per veras cauſas. Maſcard. *d. prob. vol. 1. concl. 807.* Quæ verò hîc ſufficiant cauſæ, idem latè docet Maſcard. *concluſ. 808. & ſeqq.* Cum ergò non ſolum titulum, ſed & auctoris dominium oporteat probari quod communiter teneri Bart. affirmat *in d. l. cum res. num. 5. C. d. probat.* Inde dominium difficilis eſſe probationis, omnes ſcribentes ubique monent, & præcipuè in *d. l. cum res.* quin & dominii probationem adeò difficilem eſſe, ut quandoque impoſſibilis ſit, ait Boër. *quæſt. 42. num. 25.* hancque ob rationem ſuadet JC. potiùs illis remediis eſſe experiundum, quibus quis poſſeſſionem acquirat, ut neceſſitas probandi dominium, in adverſarium transferatur. *l. ſi is qui. 7. d. rei vind.*

Alterum requiſitum quod attinet hujus actionis, nempe adverſarii poſſeſſionem, ſufficit nuda detentio rei: nec etiam intereſt an quis per ſe, ſive per alium poſſidere inveniatur, modò facultatem habeat rei reſtituendæ. Adeò ut dominus poſſit à commodatario, vel depoſitario rem vindicare. Niſi verè poſſidens ſe offerat liti, aut niſi detentator evitandi judicii cauſâ, nominet alium, dicatque ſe nolle rem tueri.

Verùm qui utitur hâc actione, ne fruſtra experiatur, interrogare reum poteſt, an poſſideat, & quotâ ex parte, idque ante litem conteſtatam. Et cogetur poſſeſſor reſpondere: an vel quotâ ex parte poſſideat. Si enim nèget ſe poſſidere, in totum vel ex parte, in poſſeſſionem mittitur actor. *l. qui petitorio 36.* ubi Dd. *ff. h. l. qui ſervû. 20 §. in iure. 1. d. interr.* Dubitatur verò à Dd. noſtris, an definitio actionis, quâ dicitur jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur, etiam ad reales actiones adplicari poſſit, ut diſputat Lyclama. *4. membran. ecl. l. 6.* Negat Hotoman. *ad §. 1. Inſt. d. Act.* ex eo, quòd in realibus actionibus actor intendat rem petitam ſuam eſſe, *l. 25. d. O. & A.* non ſibi deberi. Sed quamvis is, qui rei vindicatione experitur, dicat rem ſuam eſſe, ſecus ac qui exempto agit: Is enim dicit rem emptam ſibi deberi, non ſuam eſſe; petit eam ſibi tradi, non reſtitui, ut in rei vindicatione: Quamvis item res mea mihi non deberi poſſit. arg. *l. Quintus Mu-*

Digitized by Google

tim.27.§.argento.2.& l.ſcribit.34.d auro&arg.leg. Attamē & adhuc in realibus actionibus, non abſonè dicitur rem ſibi deberi. Quippe verbum *debet* omnem omninò actionem comprehendit. *l.178. §.ult.d.V.S.* ibique noviſſ. Alb. Gentilis, ubi illa geminatio probè eſt notanda. Sicque actione reali conventus, etiam debitor eſt, nimirum debet rem cum fructibus reſtituere. Sicque pariter & hîc, poſſeſſor, non ipſa res eſt rea, ut rectè obſervavit Lyclama. *d.libr.4.ecl.7.* Nec obſtat, quod dicit Juſtinianus. *in §.1. Inſt.d.action. Actiones in rem exerceri contra eum, qui nullo iure eſt obligatus.* Aliud namque eſt nullo jure obligatum eſſe, aliud nullo modo. Poſſeſſor, dùm domino quod ſuum eſt negat, eo ipſo facit factum, ex quo obligatur ad reſtitutionem faciendam. argum. *§. item ſi.5.Inſt.d.except.* Sicque aliquo modo eſt obligatus. Quod verò dicitur nullo jure obligatus eſſe, id fit eo reſpectu, quia reſtitutio rei, non facienda eſt in actione reali vi actionis, ſed officio judicis ad eam compelli ſolet. *l.9.l.69.h.t.* In rem quæ actio vocatur, non adverſus rem movetur, ſed adverſus eam poſſidentem. Omnis actio adverſus perſonam eſt, non perſonalis tantùm. Sed in eo conſiſtit differentia inter actiones reales & perſonales: quod perſonales actiones ſemper inſequuntur perſonam, realis perpetuò rem ipſam inſectatur, cujuſcunque ea pervenerit in manum vel poſſeſſionem, & licet ſæpè poſſeſſor mutetur. *l.actionū.25.d.O.& A.l.ult C.eod.* Rem namque meam, quocunque inveniam loco, aut capio ſi poſſeſſio ejus vacua eſt, aut peto ſi ab alio poſſidetur. *l.25.§.perinde.8.de pet.her.l.ult.d.condict.furt.* Sicque porro concludo ineptum eſſe ſcrupulum Anton. Fabri. *20. coniect.9.* qui dicit, vulgatum illud; *iudicium reddi in invitum. l.83.§.1.d.V.obl.* vim ſuam perdere in rei vindicatione. Quamvis enim non cogar pati in rem actionem, ſi dicere velim me non poſſidere. *l.ult.h.t.n.* idem tamen in actione perſonali dicere licet. Nemo etenim cogitur litigare, ſi dicere velit ſe dare aut facere, quod actor petit: cùm nullus ſe invitus defendere cogatur. *l.156.d.R.I.* Judicium ergo etiam in reali actione redditur in invitum, ſcil. poſſeſſionem ſuam tueri conantem. Quâ de re Coſtal. *ad l.64.d.uſufr.* videri poteſt.

Inſuper hoc intuitu, quod poſſeſſor rei alienæ, etiam aliquo modo eſt obligatus, & debitor; apparet vel ex eo: quia in rem actione tenetur etiam is, qui dolo vel culpâ latâ deſiit poſſidere:

etiamſi

etiamſi ante litem conteſtatam id fuerit factum, Buſius ad *l. 36. ff. h. tit.*

2. *Quod in charta mea ſcribitur, aut in tabula mea pingitur, ſtatim meum fit.*

IN rei vindicatione, ut jam *ſupra* dixi, dominium à parte actoris probari debet. In rem etenim actio competit ei, qui aut jure gentium, aut civili dominium acquiſivit. *l. 23. in pr. h. t. n.* Si ergo quid in tabulâ pingatur, vel in charta ſcribatur, quæſtio eſt, *cui hac actio competat iure: Dominonè chartæ, aut tabulæ, annè verò ſcriptori ſeu pictori?* Paulus JC. *in d. l. 23. §. ſed & id. 3.* hâc de re ita reſpondet. *Id quod in chartâ meâ ſcribitur, aut in tabula pingitur, ſtatim meum fit; licet de pictura quidam contra ſenſerint propter pretium picturæ: Sed neceſſe eſt ei rei cedi, quod ſine illa eſſe non poteſt.* Meminit hujus quæſtionis quoque JC. Gajus. *in l. quæ ratione. 9. §. 1. & 2. de acquir. rer. domin. Literæ*, ait, *licet aureæ ſint, perinde chartis, membraniſque cedunt, ac ſolo cedere ſolent ea, quæ ædificantur aut ſeruntur. Sed ſi à me petas tuos libros, tuaſve membranas, nec impenſas ſcripturæ ſolvere velis, potero me defendere per exceptionem doli mali, ſi bona fide eorum poſſeſſionem ſim nactus.* Et addit porro Gajus: *Sed non uti literæ chartis membraniſve cedunt, ita ſolent picturæ tabulis cedere; ſed ex diverſo placuit tabulas cedere picturæ. Utique tamen conveniens eſt, domino tabularum adverſus eum, qui pinxerit, ſi is tabulas poſſidebat, utilem actionem dari, quâ efficaciter experiri poterit, ſi picturæ impenſam exſolvet. Adverſus dominum vero tabularum, ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat.* Juſtinianus *in §. 34. Inſtitut. d. R. diviſ.* hâc de re ita ſancit: *Si quis in alienâ tabulâ pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere: aliis videtur picturam qualiſcunque ſit, tabulæ cedere. Ridiculum enim eſt picturam Apellis, vel Parrhaſii in acceſſione viliſſimæ tabulæ cedere. Unde ſi à Domino tabulæ, imaginem poſſidente, is qui pinxit, eam petat, nec ſolvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali ſubmoveri. At ſi is, qui pinxit eam poſſideat, conſequens eſt, ut utilis actio Domino tabulæ adverſus eum detur.* Tandem ſubjungit Imperat. *Illud palàm eſt, quod ſive is, qui pinxit, ſubripuit tabulas, ſive alius, competit Domino tabularum furti actio.* Hîc ſanè videmus juris noſtri conditores ſibi è diametro quaſi repugnare.

Paulus hac dere, quæ inter JCCtos controverſia fuerit, attingit, & tamen rationem ſecutus naturalem, picturam ſemper cedere tabulæ reſpondet. Gajus & Juſtinianus negant. Et quod magis mirari quis poſſit, tabulæ Domino utilem, directam pictori concedit rei vindicationem; ita ut videatur unius rei duos Dominos in ſolidum eſſe, quod rationi & naturæ repugnat. Verùm hoc eſt ante omnia ſciendum, & directam rei vindicationem domino dari: utilem etiam ei, qui dominus non eſt, ſed ſolummodò jus in rem habet. *t. t. d publ. c. in rem. & t. t. ſi fundus vectigal.* quæ ratio etiam eſt cur Juſtinianus tradat, tabulæ domino furti dari actionem, licet tabulæ dominium picturæ cedere dicat. Nam furti actio, competit tam ipſi domino cui res ſubrepta, quàm etiam ei cujus intereſt rem ſalvam eſſe, licet dominus haut exiſtat. *§. furti. 13. Inſtit. d. oblıgat. quæ ex delict.* At nihilominus adhuc Paulus cum Gajo & Juſtiniano pugnat, quamvis Gaji & Juſtiniani opinio ab abſurditate ſit liberata. Buſius *add. l. 23. §. ſed & id. 3. hoc tit.* ſecutus Pacium, *3. enantioph. quaſt. 44.* ita intelligit Pauli verba, ac ſi per ſequentia priora corrigantur. Alias, diſſidium hoc componendi rationes, comminiſcitur Donell. *14. com. cap. 36.* ut & Lyclama *1. ecl. 15.* Sed quid obſtat, quin dicamus, ſecuti ductum verborum Juſtiniani, non omnis picturæ hanc vim eſſe, ut abſorbeat rationem naturalem, quæ vult acceſſorium cedere principali. Nec enim eſt, quod regeras pretium picturæ: nam ſi hoc valeret, cur non etiam charta aureis literis cederet, quod tamen non fieri, apud omnes eſt in confeſſo. Verum ſolùm picturam egregiam qualis eſt Apellis, Parrhaſii hoc privilegium habere, ut abſurdum videatur eam tabulæ cedere debere. Ita ut Gajus & Paulus duas diverſas ſententias proponant, Juſtinianus neutram in totum reprobet, ſed potius diſtinguendo eas conciliet. De reex materia mea, vide Emund. Merill. *1. obſerv. cap. 21.*

3. *Proprietas totius navis, carina ſequitur cauſam.*

JUlianus JC. *in l. 61. h. t.* ita ſcribit: *Minicius interrogatus, ſi quis navem ſuam alienâ materiâ refeciſſet; num nihilominus ejuſdem navis*

navis maneret? Reſpondit manere. Sed ſi in ædificandâ eâ idem feciſſet, non poſſe Julianus notat. Nam proprietas totius navis carina ſequitur cauſam. Viciſſim Paulus. *in l. 26. in princ. d. acquirend. rer. domin.* ſequentia ſcribit: *Si meis tabulis navem feciſſes, tuam navem eſſe: quia cupreſſus, ſeu arbor non maneret, ſicuti nec lana veſtimentô factô, ſed cupreſſeum aut laneum corpus fieret.* Grave harum legum diſſidium eſſe, multi putant. Cujacius *in not. poſter. ad §. 25. inſtitut. d. R. div.* ait Minitium, de quo *in d. l. 61.* fuiſſe Sabinianum, & eſſe in ea lege veſtigium antiquæ diſſenſionis, cujus *in l. 7. §. 7. & d. §. 25. inſtitut. d. rer. diviſ.* mentio fit. Hotomannus *in d. §. 25.* & Gilbertus Regius. *2. ἐναντ.* apertam Antinomiam agnoſcunt. Bronhorſt. *3. antinom. aſſert. 79.* cenſet, referri *in d. l. 61.* ſententiam Sabinianorum, nec probari. Ant. Faber. *6. conject. 15.* putat, diſſenſiſſe Julianum à Paulo, non in quæſtione illa generali, num ſpecies facta ſit facientis, an verò domini materiæ: ſed in ſpeciali hoc caſu, de dominio navis ex alienis tabulis compactæ. Conciliationes adferunt Donell. *4. com. 12.* à cujus ſententia *ibid.* diſſentit Hilligerus, & ſequitur Connan. *3. com. 6. n. 3.* aliquid tentat Gilkenius, *in §. cum ſuo. Inſtitut. d. rer. diviſ.* Gothofred. *ad d. l. 61. h. tit. noſtr.* Lyclama. *7. membr. 3. & 5.* Addatur. Ant. Matthæ. *5. diſp. ad pand. th. 24.* Arumæ. *diſp. 8. th. 3.* Et ſanè videtur hic pugnantiam ſubeſſe. Nam mens eſt Juliani. Si quis ex alienis tabulis navem feciſſet, non eſſe navem ejus qui fecit. Huic contra dicendo reſpondet IC. Paulus, navem non eſſe ejus, cujus, tabulis navem compoſuiſſet: navem eſſe ejus, qui eam fecit.

Sed ſi rem accuratius introſpiciamus, omni abſque contradictione dicendum eſſe puto, utrumque ex illis JCtis, rectè reſpondiſſe, ſibique optimè conſentire. Diſtinguendum eſt inter reparationem & ædificationem navis. Reparatio navis ex alienis tabulis quæ fit, non facit ut alterius tabulæ eſſe etiam poſſint, quàm cujus eſt navis: quia tabulæ ſingulares adfixæ navi per partes, navi, quæ totum quoddam efficit, cedunt. Quod & firmat Paulus, *in d. l. 26. §. 1.* ubi reſpondet: *In quibus propria qualitas expectatur, ſi quid additum erit, toto cedit, ut ſtatuæ pes aut manus ſcypho fundus aut anſa, lecto fulcrum, navi tabula, ædificio cæmentum: tota enim ejus ſunt, cujus antea fuerunt.* Circa ædificationem iterum eſt diſtinguendum, aut enim tota navis ex alienis tabulis fit, aut meæ carinæ ex alienis tabulis nova navis ſuperinædificatur.

Carina pars ea navis eſt, quam alvum aut ventrem adpellant. Eſt infima pars navis. Eſt infima trabs, quâ navis fundatur. Briſſon. *de verb. ſignif.* ex Feſto. Hinc Cic. *in orat.* ait, In navigio latera, carinæ, prora, puppis. Huic ergo carinæ meæ, ſi alienas tabulas ſuperædificem, navis mea eſt: quia ego carinæ, quaſi cujuſdam ſoli, dominus ſum: ut & ſi alienæ carinæ tabulæ meæ inædificentur, navis carinæ ſequitur cauſam, quo de caſu accipienda eſt. *l. 61. h. t. noſtr.* Quam eandem propter rationem Pomponius ait, *in l. 24. §. fin. de legat. 1. Si navem legavero, & ſpecialiter meam adſcripſero, eamque per partes totam refecero, carinâ eâdem manente, nihilominus rectè à legatario vindicatur.* Eadem enim navis manere cenſetur, quæ eidem carinæ ſuperædificatur. Si tota navis ex aliena materia à me ædificetur, navis mea eſt, propter ſpecificationem: quia materia non amplius eſt lignum tabulatum, ſed navis. E. Paulus & Julianus, non contrariè: ſed de diverſis reſpondent caſibus: & eorum ſi reſponſa conjungantur, hanc rem totam, optimè & per circumſtantias variantes enodant.

4. *Quatenus rei vindicatione victus, recuperet ſumptus, & expenſas?*

Cum conſita & ædificata, ipſo jure accreſcant ſolo, ſicque ad eum pertineant, qui tanquam dominus in hac noſtra actione, vincit. *l. 53. h. tit. noſtr.* quæritur nunc: *An poſſeſſor rei alienæ recuperet ſumptus & expenſas in rem factos?* Separandi hîc ſunt *primò* omnium impenſæ fructuum cauſa factæ, ab iis quæ fiunt ipſius rei cauſa, vel conſervandæ, vel augendæ, vel ornandæ. Impenſas fructuum cogendorum quærendorumq; cauſa quæ fiunt, deducit tàm bonæ fidei poſſeſſor, quàm prædo: quia fructus intelliguntur deductis expenſis. *l. 36. de pet. hered.* Lyclam. *7. cap. 4.* In cæteris diſtingendum eſt meritò inter bonæ & malæ fidei poſſeſſorem. Quippe ratio dictitat naturalis, meliorem debere eſſe conditionem ejus, qui bonâ fide, putans rem ſuam eſſe, impenſas facit; quàm ejus, qui ſcit, ſe poſſidere rem alienam. Sicque bonæ fidei poſſeſſor, rei vindicatione victus, recuperat expenſas & ſumptus in rem factos: licet in malæ fidei poſſeſſore, utilium itidem ſumptuum ratio habeatur. Buſius. *ad l. 48. h. tit.* Hackelmann. *6. illuſtr. theſ. ult.* Hoc autem utriſque eſt commune: quod exceptio doli, nomine impenſarum, etiam rectè opponitur in puncto exe-

executionis: quodque rem, quam quis vi ſententiæ contra ſe latæ reſtituere debet, retinere poteſt, uſque dum ſibi nomine harum impenſarum fuerit ſatisfactum, ut docent Dd. *in l. ſi fundo. h. tit. ш.* Si verò victus poſſeſſione cadat, aut rem reſtituat non oppoſitâ impenſarum exceptione; poſſeſſionem incerti condictione repetere poteſt, nè eam reſtituere cogatur, priuſquam repetierit ſumptus. *l. ſi uxor filio. 19. d. don. int. vir. & ux.* Buſius. *ad l. 48. h. t. noſtr.* Non enim actionis jure, ſed judicis officio reſtituuntur impenſæ. *Secundò*, ubi expenſæ ſunt refundendæ, tantùm refunditur quod eſt expenſum: nec habetur ratio, an exiſtimatio ejus, quo res melior eſt effecta, ſuperet pretium impenſarum. *l. 38. h. t. l. ſi fundum. 12. de in rem verſo.* Impenſæ neceſſariæ ſemper ſunt refundendæ. *l. domum. 5. C. h.* ubi communiter Dd. Gail. *2. obſ. 146.* Faber. *2. coniect. 1.* Lyclam. *7. cap. 4.* *Tertiò*, ut impenſas neceſſarias omnis, tàm ſcil. bonæ, quàm malæ fidei poſſeſſor recuperat, ita voluptarias, quibus ſcil. res non pretioſior reddita fuit (nam tunc utiles ſunt) neuter. Quippe retentio tantùm de utilibus & neceſſariis eſt admiſſa. *d. l. domum. Cod. h.* itaque bonæ & malæ fidei poſſeſſor eas tollent. vid. *l. 39. de pet. hered.* In hoc verò differunt bonæ & malæ fidei poſſeſſor. Ille, rei vindicatione victus, ſumptus & impenſas utiles in rem factas recuperat: quatenus ſcil. excedunt fructus. *l. ſumptus. 48.* ubi Buſius. *ff. h. l. ſuper. 16. Cod. d. evict.* Eas verò amittit malæ fidei poſſeſſor; quamvis quoque fructus reſtituere cogatur. Sed tamen receptum eſt communiter, tollere poſſe malæ fidei poſſeſſorem areæ infixa, quatenus id fieri poteſt, ſine diſpendio ſtructuræ. *l. 37. l. 59. h. tit. noſtr.* Quamvis enim. *in §. ex diverſo. Inſtitut. d. R. D.* ſit conſtitutum, inædificatum cedere ſolo, ita ut videatur illud amplius tolli non poſſe: tamen hoc non impedit, quo minus ex benignitatis ratione id fieri poſſit: & niſi dominus eas tolli patiatur, vel expenſas ſolvere nolit, exceptio doli & alia ſupra relata remedia juris habeant locum. *l. 38. de hered. petit.* Cujac. *obſerv. 10. cap. 1.* Et rectè notat Lyclama. *dict. l.* modos acquirendi dominii, non eſſe confundendos cum materia impenſarum, in res alienas ſimpliciter factarum. Nam hoc exigit ratio æquitatis, quæ vult, ut nemo cum alterius damno locupletior fiat. *l. 51. famil. erciſcund. l. quod in fructus. 46. d. uſ.* Verùm num res ſine detrimento ſtructuræ auferri queat, judex, ut vir bonus, arbitrari debet. Innumeris quidem

dem in locis reſponſum & reſcriptum eſt, bonæ fidei poſſeſſorem impenſas recuperare: prædonem verò de ſe quæri debere, quòd impenſas fecerit. Huic contrarium videtur eſſe, quod ſumptuum ſeu impenſarum utilium rationem habemus in malæ fidei poſſeſſore ſeu prædone. vid. Hackelm. *diſp. illuſtr. 6. th. ult.* Variè reſpondet Donell. *4. com. 33. & 21. com. 7.* Ant. Matth. *diſp. 5. th. 19.* ait, eò ſe procliviorem eſſe, quod Paulus *in d. l. 38. de petit. hered.* ab aliis JCC. imò à ſe ipſo diſſentiat. *in l. Paulus reſpond. 29. §. demus. d. pign. 2.* Sed nulla eſt difficultas, ſi ita dicamus: rationem impenſarum haberi in malæ fidei poſſeſſore, ut ſaltem tollere eas poſſit, non ut ei ſint omnes refundendæ. *arg. l. 39. in fin. de petit. hered.* nam aliàs nulla eſſet differentia inter bonæ & malæ fidei poſſeſſorem: ut rectè Arumæ. obſervavit. *diſp. 8. th. 12.*

5. *De Interitu rei.*

SÆpè accidit, ut dum quis rem poſſidet alienam, ea intereat. Culpa ſi accedat poſſeſſoris, & adhuc magis ſi ſtudio lucrique cauſa id fiat; verbi gratiâ, ſi quis bovem alienum quem ſuum eſſe dicit, mactet, & corium, carnem &c. conſumat: res non videtur habere dubitationem quin æſtimatio debeatur. argum. tradit ab Ant. Fabro. *2. conject. 2.* Sed ſi res intereat naturaliter, nec ex illo interitu, commodum redundet in poſſeſſorem, an is liberetur? res non caret difficultate. Hinc iterum diſtingui ſolet inter bonæ, & malæ fidei poſſeſſorem. Ille naturali interitu rei ſemper liberatur: hic verò tum demum, ſi petitor rem diſtracturus non fuiſſet. *l. 40. d. hered petit. l. 16. h. tit.* cum ſimil. Arumæ. *tract. de mora. cap. 8 n 2.* Diſtinctiva hæcce deciſio, ſummam habet æquitatem. Equidem certæ rei, putà Stichi debitor, ſi poſt moram ſervus moriatur, ad ejus æſtimationem tenetur. *l. 23. & ſeq. d. V. O. l 39. §. 1 d. legat. 1.* Verùm bonæ fidei poſſeſſor, non eſt in culpa quod rem non reſtituit, quam bonâ fide ſuam eſſe putat; ſed potius judicium experiri velit. *l. 63. d. R. J.* cùm nemo teneatur indefenſum relinquere jus ſuum. *d. l. 40. verſ. nec enim.* Ac licet omnis debitor vel poſſeſſor, incipiat poſt litem conteſtatam eſſe in mora, ac fide mala: ut jam ſupra *quæſt. 33 adt. d. pet. hered.* dixi. Id tamen ſolùm quoad fructus reſtituendos locum habet, non ut poſſeſſor cedere cogatur re ſuâ. Quod diximus de malæ fidei detentore, id quoque ſubnititur æquitate ſummâ. Si rem ſervaſſet

ſet dominus, apud eum interiiſſet: nihil ergo abſque dolo petere poteſt à malæ fidei poſſeſſore; ſed fatali rerum providentiæ, damnum hoc acceptum ferre debet. Si petitor ſeu dominus rem diſtracturus fuiſſet, pretium ſanè habuiſſet: ſicque res, non petitori interiiſſet; æquum idcircò eſt, ut illud pretium quod petitori, malæ fidei poſſeſſor præripuit reſtituatur. Ac licet multis in locis noſtri juris indiſtinctè ſanciatur, malæ fidei poſſeſſorem de periculo teneri. *l. 5. de reb. credit. l. 12. in fin. depoſ. l. 26. §. ſi poſt. ſol. matr. l. 26. §. 4. de noxal. action.* Nil tamen impedit, quò minus ex aliis Legibus ſpecialioribus, diſtinctionem petamus, & generali ſanctioni adhibeamus. Addatur Fachin. *2. controv. 72.* Gœdd. *ad l. 12. §. 1. n. 9. d. V. S.* Hotom. *quæſt. illuſtr. 30.* Sed porrò & hoc eſt notatu dignum: improbum poſſeſſorem, putà furem, ſpoliatorem, aut raptorem, indifferenter periculum luere. *l. 1. l. pen. de vi & vi arm.* Hotom. *d. quæſt. 30.* Arumæ. *diſp. 8. th. 5. ad fin.* id quod receptum eſt in pœnam delicti. Quamvis verò fur & morator, qualis eſt malæ fidei poſſeſſor, æquiparentur: *l. 83. §. penult. de V. O.* tamen omne ſimile claudicat, & manifeſta, differentia eſt inter eum, qui ſcit rem non ſuam eſſe, & eum, qui mediante delicto rem ſibi acquirere volebat. Sed ſi poſt inchoatum judicium vindicationis, pereat res petita, quid de fructuum ratione ſtatuendum erit? omnesné fructus ſunt computandi uſque ad ſententiæ, num verò ſolùm uſque ad mortis diem. Nam & fructuum percipiendorum, ſeu qui percipi honeſtè potuerunt, haud rarò æſtimatio fit. *l. 33. h. tit.* Contraria ſunt hâc de quæſtione reſponſa, *in l. fructus. 33. & l. penult. h. t. noſtr.* Ibi Paulus ait: fructuum rationem habendam eſſe, ad rei uſque judicatæ tempus. Hîc Labeo reſpondet: Si hominem à me petieris, & is poſt litem conteſtatam moriatur, fructus quoad is vixerit, æſtimari oportere. Sanè quamvis appareat ex textibus adductis, contrarias hâc de re olim JCCtorum fuiſſe opinationes. Vix tamen apud me probabile eſſe poteſt, tantam fuiſſe oſcitantiam juris noſtri conditorum, ut è diametro contraria uni eidemque titulo infarciverint reſponſa. Ergo cum Ant. Fabro. *2. conject. 2.* & hunc ſequuto Arumæo, *diſput. 8. theſ. 6.* res commodiſſimè componi poſſe videtur, nec opus eſſe ullâ textus correctione, quam huic difficultati Jacob. Cujac. adhibet. *9. obſerv. 34.* Diſtinguendo primùm inter occaſionem interitus rei. Si namq; perierit res

dolo, aut culpâ poſſeſſoris, rationem fructuum haberi etiam uſque ad ſententiæ, ſeu rei judicatæ tempus. Hoc namque in caſu, res fingitur adhuc extare. E. & finguntur percipi fructus, ac per conſequens, poſt ſententiam non ſolùm æſtimatio rei, ſed & fructus fictitiè percepti, ſunt reſtituendi. At ſi abſque dolo vel culpâ poſſeſſoris, perierit res petita, caſu putà, aut ſuo facto: hîc diſtinguerem cum Accurſio contra Fabrum, & Arumæum, inter bonæ & malæ fidei poſſeſſorem. Bonæ fidei poſſeſſor, interitu rei caſuali liberatur à reſtitutione, vel æſtimatione, quæ in ejus locum ſuccedit. E. & fructus à tempore interitus ceſſant. arg. *l.16. h.t.* abſurdum enim eſt, poſſeſſorem de fructibus teneri, non de re cujus ſunt fructus. Si malæ fidei ſit poſſeſſor, quo caſu eum ad rei deperditæ æſtimationem teneri, ſuprà dixi; nempè ſi ſit ſceleratus detentor, ſi rem dominus diſtraxiſſet, &c. hoc eodem caſu eum de fructibus obligatum reputarem: nam fructus, tanquam acceſſorium, rei naturam ſubſequuntur.

TIT. II.
DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE.

6. *Ignoranti qui à furioſo emit, datur Publiciana.*

NOn contentus potuit eſſe Prætor rei vindicatione, quæ eſt actio civilis. Nam ea datur proprietario, ſeu domino rei. Sed ſunt adhuc alii, qui proprietariis ſimiles exiſtunt, putà bonæ fidei poſſeſſores, qui forſan à non domino, rem traditam ex juſta cauſa dominii acquirendi, bonâ fide acceperunt, nec dum uſuceperunt; aut qui à domino quidem rem acceperunt, dominium tamen probare non poſſunt. Ut ergo ejuſmodi bonæ fidei poſſeſſor, amiſsâ forte poſſeſſione, promptum remedium habeat, quo ab injuſto poſſeſſore, rem amiſſam recuperare queat: Viſum fuit Prætori hanc prodere actionem. In qua prætendit is, qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe uſucepiſſe, quam tamen non uſucepit, & ita vindicat pro ſua. Ergo in publiciana requiritur traditio & titulus à parte agentis, & poſſeſſio à parte rei conventi. *l.7. §.11 h.t.*

In publiciana dicimus allegare actorem ſe uſucepiſſe, quamvis non uſuceperit, modò in ea ſit conditione, ut uſucapere queat. E. non datur ei, qui uſucapere non poteſt: nam bonum eſt argu-

argumentum à facultate uſucapiendi, ad Publicianæ movendæ facultatem. Hincque ita argumentatur Marcell. *in d. l. 7. § 2. h. t. n.* Eum, qui à furioſo, ignorans eum furere, emit, poſſe uſucapere. E. & Publicianam habebit. Sicut & qui à minore, ignorans eum talem eſſe, titulum habet. *d. l 7. §. 4. & 5.* Unde colligunt ibi Dd. titulum putativum ad publicianam ſufficientem eſſe, cùm uſucapiendi conditionem inducat. Viciſſim *in d. l. 7. ad fin.* ita colligit Julianus: Si ſciens alienam poſſeſſionem adprehendit, Publicianâ eum experiri non poſſe, quia uſucapere non poterit.

Namque hoc ſi faceret Prætor, ſi tueretur nempè injuſtam poſſeſſionem, contra leges faceret. *l. 12. §. 4. h. titul. noſtr.* ac tantùm ejus intentio eſt, ut juvet bonæ fidei poſſeſſorem, qui ſub prætextu juris, difficilimæ ſcil. dominii probationis, quæ ut *ſupr. dixi*, rei vindicatione agenti incumbit, callidè fruſtrare conatur bonæ fidei poſſeſſorem. E diametro huic noſtræ deciſioni refragatur reſponſum Ulpiani, *in l. 2. §. 16. pro empt.* ubi habetur: *Si à furioſo, quem putem ſanæ mentis, emero, conſtitit uſucapere, utilitatis causâ me poſſe, quamvis nulla eſſet empio. Et ideò neque de evictione actio naſcitur mihi, nec publiciana competit* Non deſtituitur hæc deciſio ratione Emptio à furioſo celebrata nulla eſt, quia furioſus nequit conſentire. *l. 2. C. d. contrah. empt.* ideoque deeſt requiſitum uſucapionis, titulus & cauſa. Et tamen utilitatis publicæ causâ ſpecialiter eſt permiſſum, ut uſucapio procedat. Verùm cùm quæ ſpecialiter ſunt permiſſa, in conſequentiam non ſint trahenda, exinde patet, id ad publicianam traduci haud debere. Sanè manifeſtam Antinomiam hîc ſubeſſe cenſet Ant. Faber. *1. conject. 19.* Cujac. textum corrigit. *l. 16. obſ cap. 29.* & ſub nomine Mercatoris. *2. notat. 27.* Aliter rem conciliare nituntur Rob. *2 recept. 10. & animadver. 2. cap. 27.* Duar. *ad. t. d. uſucap.* Lyc. *1. membr. ecl. 10* Arumæ. *diſp. 8. ff. ult.* Sed nulla ſubeſt difficultas, uſucapio ipſo jure non procedit, ſi quis rem à furioſo emat. E. nec publiciana ipſo jure locum habet. Verùm ut publicæ utilitatis causâ, uſucapio locum habet: ita & eandem propter rationem eſt introductum, ut locus ſit publicianæ. Sicque *l. 7.* reſpicit ad utilitatem. *l. 2.* ad id quod juris ſtrictâ ratione ſequi ſolet. Et per conſequens *l. 2.* rationem *l. 7.* enodat magis, quam eam legem oppugnat, dum docet, quâ ratione uſucapio, & ita quoque publiciana procedat.

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro VI. Pandectarum.

TIT. I.
DE REI VINDICATIONE.

1. De Natura huius actionis.

TRactatui de actionibus, quæ univerſitatem concernunt, ſubjicitur meritò tractatio actionum, quibus perſequimur res ſingulares. Rerum aliæ ſunt corporales, aliæ incorporales *t. t. Inſt. de reb. corporal. & incorporal.* Ad corporalium rerum perſecutionem vindicatio competit. In corporales quomodò perſequamur, docetur *in libro. 7. & 8. ff* Rei vindicatio autem ſeu ſpecialis in rem actio locum obtinet, tàm in immobilibus quàm mobilibus rebus: tàm animalibus, quàm his quæ ſolo continentur. *l. 1 h. t. n.* Verbum rei, ſignat proprietatem. Vindicare, eſt ſuum repetere. Hincque vindicatio triplex reputatur: proprietatis, ſervitutis, pignoris. *l 3. §. eſt autem & §. Pompon. ad exhibend.* Nam vindicatio omnis in rem actio appellatur. *l 25. d. O. & A. §. appellamus. Inſt d. Act* Sicque ad *§. 1. num. 27. d. t.* ſcribit Vultei. Vindicare eſt, vel dominium rei, vel jus, quod quis in re habet, ſibi aſſerere &c. Rei vero, ſeu Proprietatis vindicacio, etiamſi eâ utiliter experiamur, reſpectu cæterarum directa eſt. Hæc namque propriè loquendo, vindicatio appellatur, cæteræ ſunt quaſi vindicationes. Cujac, *5. obſervat. cap. 29.* Gœdd. ad *l. 131. n. 22. & ſeqq d. V. S.* Rei vindicatio itaque eſt aſſertio proprietatis, quæ competit Domino directo, vel utili, adverſus poſſeſſorem rei cujuſdã corporalis: quâ petit actor ſe dominum rei controverſæ declarari, & eam officio judicis ſibi à poſſeſſore cum omni cauſâ reſtitui. Haerſolte. *in adverſar. act. 13. n. 2. &c.* Huic ut actioni ſit locus, duo requiri ſolent: Nempe dominium directũ, vel utile à parte agentis, & poſſeſſio à partè rei conventi. Dominium probare debet, qui agit petitorio, aut rei vindicatione, aliâs ſuccumbet. *L non tantum. de petit. hered.* Et quidem plenè probari debet, cùm ſuper dominio in hâc actione initatur radix

radix & origo petitionis, ut Bald. loquitur *in l. cum res. in fin. C. d. probat.* Quin & dicunt interpretes noſtri, non ſufficere ſi illud ſemiplenè probetur, ita ut Juramentum ſuppletorium haut habeat locum. Cravett. *conſ. 152. num. 12.* Nec in dominii probatione ſufficit poſſeſſio auctoris, nec etiam fama, aut opinio communis, ſed probari debet per veras cauſas. Maſcard. *d. prob. vol. 1. concl. 807.* Quæ verò hîc ſufficiant cauſæ, idem latè docet Maſcard. *concluſ. 808. & ſeqq.* Cum ergò non ſolum titulum, ſed & auctoris dominium oporteat probari quod communiter teneri Bart. affirmat *in d. l. cum res. num. 5. C. d. probat.* Inde dominium difficilis eſſe probationis, omnes ſcribentes ubique monent, & præcipuè in *d. l. cum res.* quin & dominii probationem adeò difficilem eſſe, ut quandoque impoſſibilis ſit, ait Boër. *quæſt. 42. num. 25.* hancque ob rationem ſuadet JC. potiùs illis remediis eſſe experiundum, quibus quis poſſeſſionem acquirat, ut neceſſitas probandi dominium, in adverſarium transferatur. *l. ſi is qui. 7. d. rei vind.*

Alterum requiſitum quod attinet hujus actionis, nempe adverſarii poſſeſſionem, ſufficit nuda detentio rei: nec etiam intereſt an quis per ſe, ſive per alium poſſidere inveniatur, modò facultatem habeat rei reſtituendæ. Adeò ut dominus poſſit à commodatario, vel depoſitario rem vindicare. Niſi verè poſſidens ſe offerat liti, aut niſi detentator evitandi judicii cauſâ, nominet alium, dicatque ſe nolle rem tueri.

Verùm qui utitur hâc actione, ne fruſtra experiatur, interrogare reum poteſt, an poſſideat, & quotâ ex parte, idque ante litem conteſtatam. Et cogetur poſſeſſor reſpondere: an vel quotâ ex parte poſſideat. Si enim neget ſe poſſidere, in totum vel ex parte, in poſſeſſionem mittitur actor. *l. qui petitorio 36.* ubi Dd. *ff. h. l. qui ſervũ. 20 §. in iure. 1. d. interr.* Dubitatur verò à Dd. noſtris, an definitio actionis, quâ dicitur jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur, etiam ad reales actiones adplicari poſſit, ut diſputat Lyclama. *4. membran. ecl. l. 6.* Negat Hotoman. *ad §. 1. Inſt. d. Act.* ex eo, quòd in realibus actionibus actor intendat rem petitam ſuam eſſe, *l. 25. d. O. & A.* non ſibi deberi. Sed quamvis is, qui rei vindicatione experitur, dicat rem ſuam eſſe, ſecus ac qui exempto agit: Is enim dicit rem emptam ſibi deberi, non ſuam eſſe; petit eam ſibi tradi, non reſtitui, ut in rei vindicatione. Quamvis item res mea mihi non deberi poſſit. arg. *l. Quintus Mu-*

 tius.

tius.27.§.argento.2.& l.ſcribit.34.d auro&arg.leg. Attamẽ & adhuc in realibus actionibus, non abſonè dicitur rem ſibi deberi. Quippe verbum *debet* omnem omninò actionem comprehendit. *l.178. §.ult.d.V.S.* ibique noviſſ. Alb. Gentilis, ubi illa geminatio probè eſt notanda. Sicque actione reali conventus, etiam debitor eſt, nimirum debet rem cum fructibus reſtituere. Sicque pariter & hîc, poſſeſſor, non ipſa res eſt rea, ut rectè obſervavit Lyclama. *d.libr.4.ecl.7.* Nec obſtat, quod dicit Juſtinianus. *in §.1.Inſt.d.action. Actiones in rem exerceri contra eum, qui nullo iure eſt obligatus.* Aliud namque eſt nullo jure obligatum eſſe, aliud nullo modo. Poſſeſſor, dum domino quod ſuum eſt negat, eo ipſo facit factum, ex quo obligatur ad reſtitutionem faciendam. argum. §. *item ſi.5.Inſt.d.except.* Sicque aliquo modo eſt obligatus. Quod verò dicitur nullo jure obligatus eſſe, id fit eo reſpectu, quia reſtitutio rei, non facienda eſt in actione reali vi actionis, ſed officio judicis ad eam compelli ſolet. *l.9.l.69.h.t.* In rem quæ actio vocatur, non adverſus rem movetur, ſed adverſus eam poſſidentem. Omnis actio adverſus perſonam eſt, non perſonalis tantùm. Sed in eo conſiſtit differentia inter actiones reales & perſonales: quod perſonales actiones ſemper inſequuntur perſonam, realis perpetuò rem ipſam inſectatur, cujuſcunque ea pervenerit in manum vel poſſeſſionem, & licet ſæpè poſſeſſor mutetur. *l.actionũ.25.d.O.&A.l.ult C.eod.* Rem namque meam, quocunque inveniam loco, aut capio ſi poſſeſſio ejus vacua eſt, aut peto ſi ab alio poſſidetur. *l.25.§.perinde.8.de pet.her.l.ult.d.condict.furt.* Sicque porro concludo ineptum eſſe ſcrupulum Anton. Fabri. *20. conject.9.* qui dicit, vulgatum illud; *iudicium reddi in invitum. l.83.§.1.d.V.obl.* vim ſuam perdere in rei vindicatione. Quamvis enim non cogar pati in rem actionem, ſi dicere velim me non poſſidere. *l.ult.h.t.n.* idem tamen in actione perſonali dicere licet. Nemo etenim cogitur litigare, ſi dicere velit ſe dare aut facere, quod actor petit: cùm nullus ſe invitus defendere cogatur. *l.156.d.R.I.* Judicium ergo etiam in reali actione redditur in invitum, ſcil. poſſeſſionem ſuam tueri conantem. Quâ de re Coſtal. *ad l.64.d.uſufr.* videri poteſt.

Inſuper hoc intuitu, quod poſſeſſor rei alienæ, etiam aliquo modo eſt obligatus, & debitor; apparet vel ex eo: quia in rem actione tenetur etiam is, qui dolo vel culpâ latâ deſiit poſſidere: etiamſi

etiamſi ante litem conteſtatam id fuerit factum, Buſius ad *l. 36. ff. h. tit.*

2. *Quod in charta mea ſcribitur, aut in tabula mea pingitur, ſtatim meum ſit.*

IN rei vindicatione, ut jam *ſupra* dixi, dominium à parte actoris probari debet. In rem etenim actio competit ei, qui aut jure gentium, aut civili dominium acquiſivit. *l. 23. in pr. h. t. n.* Si ergo quid in tabulâ pingatur, vel in charta ſcribatur, quæſtio eſt, *cui hæc actio competat iure: Dominonè chartæ, aut tabulæ, annè verò ſcriptori ſeu pictori?* Paulus JC. *in d. l. 23. §. ſed & id. 3.* hâc de re ita reſpondet. *Id quod in chartâ meâ ſcribitur, aut in tabula pingitur, ſtatim meum ſit; licet de pictura quidam contra ſenſerint propter pretium picturæ: Sed neceſſe eſt ei rei cedi, quod ſine illa eſſe non poteſt.* Meminit hujus quæſtionis quoque JC. Gajus. *in l. quâ ratione. 9. §. 1. & 2. de acquir. rer. domin. Literæ*, ait, *licet aureæ ſint, perinde chartis, membraniſque cedunt, ac ſolo cedere ſolent ea, quæ ædificantur aut ſeruntur. Sed ſi à me petas tuos libros, tuaſve membranas, nec impenſas ſcripturæ ſolvere velis, potero me defendere per exceptionem doli mali, ſi bona fide eorum poſſeſſionem ſim nactus.* Et addit porro Gajus: *Sed non uti literæ chartis membraniſve cedunt, ita ſolent picturæ tabulis cedere; ſed ex diverſo placuit tabulas cedere picturæ. Utique tamen conveniens eſt, domino tabularum adverſus eum, qui pinxerit, ſi is tabulas poſſidebat, utilem actionem dari, quâ efficaciter experiri poterit, ſi picturæ impenſam exſolvet. Adverſus dominum vero tabularum, ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat.* Juſtinianus *in §. 34. Inſtitut. d. R. diviſ.* hâc de re ita ſancit: *Si quis in alienâ tabulâ pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere: aliis videtur picturam qualiſcunque ſit, tabulæ cedere. Ridiculum enim eſt picturam Apellis, vel Parrhaſii in acceſſione viliſſimæ tabulæ cedere. Unde ſi à Domino tabulæ, imaginem poſſidente, is qui pinxit, eam petat, nec ſolvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali ſubmoveri. At ſi is, qui pinxit eam poſſideat, conſequens eſt, ut utilis actio Domino tabulæ adverſus eum detur.* Tandem ſubjungit Imperat. *Illud palàm eſt, quod ſive is, qui pinxit, ſubripuit tabulas, ſive alius, competit Domino tabularum furti actio.* Hîc ſanè videmus juris noſtri conditores ſibi è diametro quaſi repugnare.

Paulus hac de re, quæ inter JCCtos controverſia fuerit, attingit, & tamen rationem ſecutus naturalem, picturam ſemper cedere tabulæ reſpondet. Gajus & Juſtinianus negant. Et quod magis mirari quis poſſit, tabulæ Domino utilem, directam pictori concedit rei vindicationem; ita ut videatur unius rei duos Dominos in ſolidum eſſe, quod rationi & naturæ repugnat. Verùm hoc eſt ante omnia ſciendum, & directam rei vindicationem domino dari: utilem etiam ei, qui dominus non eſt, ſed ſolummodò jus in rem habet. *t. t. d publ. in rem. & t. t. ſi fundus vectigal.* quæ ratio etiam eſt cur Juſtinianus tradat, tabulæ domino furti dari actionem, licet tabulæ dominium picturæ cedere dicat. Nam furti actio, competit tam ipſi dominô cui res ſubrepta, quàm etiam ei cujus intereſt rem ſalvam eſſe, licet dominus haut exiſtat. *§. furti. 13. Inſtit. d. oblig. quæ ex delict.* At nihilominus adhuc Paulus cum Gajo & Juſtiniano pugnat, quamvis Gaji & Juſtiniani opinio ab abſurditate ſit liberata. Buſius *add. l. 23. §. ſed & id. 3. hoc tit.* ſecutus Pacium, *3. enantioph. quæſt. 44.* ita intelligit Pauli verba, ac ſi per ſequentia priora corrigantur. Alias, diſſidium hoc componendi rationes, comminiſcitur Donell. *14. com. cap. 36.* ut & Lyclama *1. ecl. 15.* Sed quid obſtat, quin dicamus, ſecuti ductum verborum Juſtiniani, non omnis picturæ hanc vim eſſe, ut abſorbeat rationem naturalem, quæ vult acceſſorium cedere principali. Nec enim eſt, quod regeras pretium picturæ: nam ſi hoc valeret, cur non etiam charta aureis literis cederet, quod tamen non fieri, apud omnes eſt in confeſſo. Verum ſolùm picturam egregiam qualis eſt Apellis, Parrhaſii hoc privilegium habere, ut abſurdum videatur eam tabulæ cedere debere. Ita ut Gajus & Paulus duas diverſas ſententias proponant, Juſtinianus neutram in totum reprobet, ſed potius diſtinguendo eas conciliet. De re ex materia mea, vide Emund. Merill. *1. obſerv. cap. 21.*

3. *Proprietas totius navis, carinæ ſequitur cauſam.*

Julianus JC. *in l. 61. h. t.* ita ſcribit: *Minitius interrogatus, ſi quis navem ſuam alienâ materiâ refeciſſet; num nihilominus ejuſdem navis*

navis maneret? Reſpondit manere. Sed ſi in ædificandâ eâ idem feciſſet, non poſſe Julianus notat. Nam proprietas totius navis carinæ ſequitur cauſam. Viciſſim Paulus. *in l. 26. in princ. d. acquirend. rer. domin.* ſequentia ſcribit: *Si meis tabulis navem feciſſes, tuam navem eſſe: quia cupreſſus, ſeu arbor non maneret, ſicuti nec lana veſtimentô factô, ſed cupreſſeum aut laneum corpus fieret.* Grave harum legum diſſidium eſſe, multi putant. Cujacius *in not. poſter. ad §. 25. inſtitut. d. R. div.* ait Minitium, de quo *in d. l. 61.* fuiſſe Sabinianum, & eſſe in ea lege veſtigium antiquæ diſſenſionis, cujus *in l. 7. §. 7. & d. §. 25. inſtitut. d. rer. diviſ.* mentio fit. Hotomannus *in d. §. 25.* & Gilbertus Regius. *2. ἐναντ.* apertam Antinomiam agnoſcunt. Bronhorſt. *3. antinom. aſſert. 79.* cenſet, referri *in d. l. 61.* ſententiam Sabinianorum, nec probari. Ant. Faber. *6. conject. 15.* putat, diſſenſiſſe Julianum à Paulo, non in quæſtione illa generali, num ſpecies facta ſit facientis, an verò domini materiæ: ſed in ſpeciali hoc caſu, de dominio navis ex alienis tabulis compactæ. Conciliationes adferunt Donell. *4. com. 12.* à cujus ſententia *ibid.* diſſentit Hilligerus, & ſequitur Connan. *3. com. 6. n. 3.* aliquid tentat Gilkenius, *in §. cum ſuo. Inſtitut. d. rer. diviſ.* Gothofred. *ad d. l. 61. h. tit. noſtr.* Lyclama. *7. membr. 3. & 5.* Addatur. Ant. Matthæ. *5. diſp. ad pand. th. 24.* Arumæ. *diſp. 8. th. 3.* Et ſanè videtur hîc pugnantiam ſubeſſe. Nam mens eſt Juliani. Si quis ex alienis tabulis navem feciſſet, non eſſe navem ejus qui fecit. Huic contra dicendo reſpondet IC. Paulus, navem non eſſe ejus, cujus, tabulis navem compoſuiſſet: navem eſſe ejus, qui eam fecit.

Sed ſi rem accuratius introſpiciamus, omni abſque contradictione dicendum eſſe puto, utrumque ex illis JCtis, rectè reſpondiſſe, ſibique optimè conſentire. Diſtinguendum eſt inter reparationem & ædificationem navis. Reparatio navis ex alienis tabulis quæ fit, non facit ut alterius tabulæ eſſe etiam poſſint, quàm cujus eſt navis: quia tabulæ ſingulares adfixæ navi per partes, navi, quæ totum quoddam efficit, cedunt. Quod & firmat Paulus, *in d. l. 26. §. 1.* ubi reſpondet: *In quibus propria qualitas exſpectatur, ſi quid additum erit, toto cedit, ut ſtatuæ pes aut manus ſcypho fundus aut anſa, lecto fulcrum, navi tabula, ædificio cæmentum: tota enim eius ſunt, cuius antea fuerunt.* Circa ædificationem iterum eſt diſtinguendum, aut enim tota navis ex alienis tabulis fit, aut meæ carinæ ex alienis tabulis nova navis ſuperinædificatur.

Carina pars ea navis eſt, quam alvum aut ventrem adpellant. Eſt infima pars navis. Eſt infima trabs, quâ navis fundatur. Briſſon. *de verb. ſignif.* ex Feſto. Hinc Cic. *in orat.* ait, In navigio latera, carinæ, prora, puppis. Huic ergo carinæ meæ, ſi alienas tabulas ſuperædificem, navis mea eſt: quia ego carinæ, quaſi cujuſdam ſoli, dominus ſum: ut & ſi alienæ carinæ tabulæ meæ inædificentur, navis carinæ ſequitur cauſam, quo de caſu accipienda eſt. *l. 61. h. t. noſtr.* Quam eandem propter rationem Pomponius ait, *in l. 24. §. fin. de legat. 1. Si navem legavero, & ſpecialiter meam adſcripſero, eamque per partes totam refecero, carinâ eâdem manente, nihilominus rectè à legatario vindicatur.* Eadem enim navis manere cenſetur, quæ eidem carinæ ſuperædificatur. Si tota navis ex aliena materia à me ædificetur, navis mea eſt, propter ſpecificationem: quia materia non amplius eſt lignum tabulatum, ſed navis. E. Paulus & Julianus, non contrariè: ſed de diverſis reſpondent caſibus: & eorum ſi reſponſa conjungantur, hanc rem totam, optimè & per circumſtantias variantes enodant.

4. *Quatenus rei vindicatione victus, recuperet ſumptus, & expenſas?*

CUm conſita & ædificata, ipſo jure accreſcant ſolo, ſicque ad eum pertineant, qui tanquam dominus in hac noſtra actione, vincit. *l. 53. h. tit. noſtr.* quæritur nunc: *An poſſeſſor rei alienæ recuperet ſumptus & expenſas in rem factos?* Separandi hîc ſunt *primò* omnium impenſæ fructuum cauſa factæ, ab iis quæ fiunt ipſius rei cauſa, vel conſervandæ, vel augendæ, vel ornandæ. Impenſas fructuum cogendorum quærendorumq; cauſa quæ fiunt, deducit tàm bonæ fidei poſſeſſor, quàm prædo: quia fructus intelliguntur deductis expenſis. *l. 36. de pet. hered.* Lyclam. *7. cap. 4.* In cæteris diſtingendum eſt meritò inter bonæ & malæ fidei poſſeſſorem. Quippe ratio dictitat naturalis, meliorem debere eſſe conditionem ejus, qui bonâ fide, putans rem ſuam eſſe, impenſas facit; quàm ejus, qui ſcit, ſe poſſidere rem alienam. Sicque bonæ fidei poſſeſſor, rei vindicatione victus, recuperat expenſas & ſumptus in rem factos: licet in malæ fidei poſſeſſore, utilium itidem ſumptuum ratio habeatur. Buſius. *ad l. 48. h. tit.* Hackelmann. *6. illuſtr. theſ. ult.* Hoc autem utriſque eſt commune: quod exceptio doli, nomine impenſarum, etiam rectè opponitur in puncto

exe-

Digitized by Google

executionis: quodque rem, quam quis vi ſententiæ contra ſe latæ reſtituere debet, retinere poteſt, uſque dum ſibi nomine harum impenſarum fuerit ſatisfactum, ut docent Dd. *in l. ſi fundo. h. tit. m.* Si verò victus poſſeſſione cadat, aut rem reſtituat non oppoſitâ impenſarum exceptione; poſſeſſionem incerti condictione repetere poteſt, nè eam reſtituere cogatur, priuſquam repetierit ſumptus. *l. ſi uxor filio. 19. d. don. int. vir. & ux.* Buſius. *ad l. 48. h. t. noſtr.* Non enim actionis jure, ſed judicis officio reſtituuntur impenſæ. *Secundò*, ubi expenſæ ſunt refundendæ, tantùm refunditur quod eſt expenſum: nec habetur ratio, an exiſtimatio ejus, quo res melior eſt effecta, ſuperet pretium impenſarum. *l. 38. h. t. l. ſi fundum. 12. de in rem verſo.* Impenſæ neceſſariæ ſemper ſunt refundendæ. *l. domum. 5. C. h.* ubi communiter Dd. Gail. *2. obſ. 146.* Faber. *2. coniect. 1.* Lyclam. *7. cap. 4.* *Tertiò*, ut impenſas neceſſarias omnis, tàm ſcil. bonæ, quàm malæ fidei poſſeſſor recuperat, ita voluptarias, quibus ſcil. res non pretioſior reddita fuit (nam tunc utiles ſunt) neuter. Quippe retentio tantùm de utilibus & neceſſariis eſt admiſſa. *d. l. domum. Cod. h.* itaque bonæ & malæ fidei poſſeſſor eas tollent. vid. *l. 39. de pet. hered.* In hoc verò differunt bonæ & malæ fidei poſſeſſor. Ille, rei vindicatione victus, ſumptus & impenſas utiles in rem factas recuperat: quatenus ſcil. excedunt fructus. *l. ſumptus. 48.* ubi Buſius. *ff. h. l. ſuper. 16. Cod. d. evict.* Eas verò amittit malæ fidei poſſeſſor; quamvis quoque fructus reſtituere cogatur. Sed tamen receptum eſt communiter, tollere poſſe malæ fidei poſſeſſorem areæ infixa, quatenus id fieri poteſt, ſine diſpendio ſtructuræ. *l. 37. l. 59. h. tit. noſtr.* Quamvis enim. *in §. ex diverſo. Inſtitut. d. R. D.* ſit conſtitutum, inædificatum cedere ſolo, ita ut videatur illud amplius tolli non poſſe: tamen hoc non impedit, quo minus ex benignitatis ratione id fieri poſſit; & niſi dominus eas tolli patiatur, vel expenſas ſolvere nolit, exceptio doli & alia ſupra relata remedia juris habeant locum. *l. 38. de hered. petit.* Cujac. *obſerv. 10. cap. 1.* Et rectè notat Lyclama. *dict. l.* modos acquirendi dominii, non eſſe confundendos cum materia impenſarum, in res alienas ſimpliciter factarum. Nam hoc exigit ratio æquitatis, quæ vult, ut nemo cum alterius damno locupletior fiat. *l. 51. famil. erciſcund. l. quod in fructus. 46. d. uſ.* Verùm num res ſine detrimento ſtructuræ auferri queat, judex, ut vir bonus, arbitrari debet. Innumeris quidem

dem in locis reſponſum & reſcriptum eſt, bonæ fidei poſſeſſorem impenſas recuperare: prædonem verò de ſe quæri debere, quòd impenſas fecerit. Huic contrarium videtur eſſe, quod ſumptuum ſeu impenſarum utilium rationem habemus in malæ fidei poſſeſſore ſeu prædone. vid. Hackelm. *diſp. illuſtr. 6. th. ult.* Variè reſpondet Donell. *4. com. 33. & 21. com. 7.* Ant. Matth. *diſp. 5. th. 19.* ait, eò ſe procliviorem eſſe, quod Paulus *in d. l. 38. de petit. hered.* ab aliis JCC. imò à ſe ipſo diſſentiat. *in l. Paulus reſpond. 29. §. domus. d. pign. 2.* Sed nulla eſt difficultas, ſi ita dicamus: rationem impenſarum haberi in malæ fidei poſſeſſore, ut ſaltem tollere eas poſſit, non ut ei ſint omnes refundendæ. *arg. l. 39. in fin. de petit. hered.* nam aliàs nulla eſſet differentia inter bonæ & malæ fidei poſſeſſorem: ut rectè Arumæ. obſervavit. *diſp. 8. th. 12.*

5. *De Interitu rei.*

SÆpè accidit, ut dum quis rem poſſidet alienam, ea intereat. Culpa ſi accedat poſſeſſoris, & adhuc magis ſi ſtudio lucrique cauſa id fiat; verbi gratiâ, ſi quis bovem alienum quem ſuum eſſe dicit, mactet, & corium, carnem &c. conſumat: res non videtur habere dubitationem quin æſtimatio debeatur. argum. tradit ab Ant. Fabro. *2. coniect. 2.* Sed ſi res intereat naturaliter, nec ex illo interitu, commodum redundet in poſſeſſorem, an is liberetur? res non caret difficultate. Hinc iterum diſtingui ſolet inter bonæ, & malæ fidei poſſeſſorem. Ille naturali interitu rei ſemper liberatur: hic verò tum demum, ſi petitor rem diſtracturus non fuiſſet. *l. 40. d. hered petit. l. 16. h. tit.* cum ſimil. Arumæ. *tract. de mora. cap. 8 n 2.* Diſtinctiva hæcce deciſio, ſummam habet æquitatem. Equidem certæ rei, putà Stichi debitor, ſi poſt moram ſervus moriatur, ad ejus æſtimationem tenetur. *l. 23. & ſeq. d. V. O. l 39. §. 1 d. legat. 1.* Verùm bonæ fidei poſſeſſor, non eſt in culpa quod rem non reſtituit, quam bonâ fide ſuam eſſe putat; ſed potius judicium experiri velit. *l. 63. d. R. l.* cùm nemo teneatur indefenſum relinquere jus ſuum. *d. l. 40. verſ. nec enim.* Ac licet omnis debitor vel poſſeſſor, incipiat poſt litem conteſtatam eſſe in mora, ac fide mala: ut jam ſupra *quæſt. 33 adr. d. pet. hered.* dixi. Id tamen ſolùm quoad fructus reſtituendos locum habet, non ut poſſeſſor cedere cogatur re ſuâ. Quod diximus de malæ fidei detentore, id quoque ſubnititur æquitate ſummâ. Si rem ſervaſſet

ſet dominus, apud eum interiiſſet: nihil ergo abſque dolo petere poteſt à malæ fidei poſſeſſore; ſed fatali rerum providentiæ, damnum hoc acceptum ferre debet. Si petitor ſeu dominus rem diſtracturus fuiſſet, pretium ſanè habuiſſet: ſicque res, non petitori interiiſſet; æquum idcircò eſt, ut illud pretium quod petitori, malæ fidei poſſeſſor præripuit reſtituatur. Ac licet multis in locis noſtri juris indiſtinctè ſanciatur, malæ fidei poſſeſſorem de periculo teneri. *l. 5. de reb. credit. l. 12. in fin. depoſ. l. 26. §. ſi poſt. ſol. matr. l. 26. §. 4. de noxal. action.* Nil tamen impedit, quò minus ex aliis Legibus ſpecialioribus, diſtinctionem petamus, & generali ſanctioni adhibeamus. Addatur Fachin. *2. controv. 72.* Gœdd. *ad l. 12. §. 1. n. 9. d. V. S.* Hotom. *quæſt. illuſtr. 30.* Sed porrò & hoc eſt notatu dignum: improbum poſſeſſorem, putà furem, ſpoliatorem, aut raptorem, indifferenter periculum luere. *l. 1. l. pen. de vi & vi arm.* Hotom. *d. quæſt. 30.* Arumæ. *diſp. 8. th. 5. ad fin.* id quod receptum eſt in pœnam delicti. Quamvis verò fur & morator, qualis eſt malæ fidei poſſeſſor, æquiparentur: *l. 83. §. penult. de V. O.* tamen omne ſimile claudicat, & manifeſta, differentia eſt inter eum, qui ſcit rem non ſuam eſſe, & eum, qui mediante delicto rem ſibi acquirere volebat. Sed ſi poſt inchoatum judicium vindicationis, pereat res petita, quid de fructuum ratione ſtatuendum erit? omnesné fructus ſunt computandi uſque ad ſententiæ, num verò ſolùm uſque ad mortis diem. Nam & fructuum percipiendorum, ſeu qui percipi honeſtè potuerunt, haud rarò æſtimatio fit. *l. 33. h. tit.* Contraria ſunt hâc de quæſtione reſponſa, *in l. fructus. 33. & l. penult. h. t. noſtr.* Ibi Paulus ait: fructuum rationem habendam eſſe, ad rei uſque judicatæ tempus. Hîc Labeo reſpondet: Si hominem à me petieris, & is poſt litem conteſtatam moriatur, fructus quoad is vixerit, æſtimari oportere. Sanè quamvis appareat ex textibus adductis, contrarias hâc de re olim JCCtorum fuiſſe opinationes. Vix tamen apud me probabile eſſe poteſt, tantam fuiſſe oſcitantiam juris noſtri conditorum, ut è diametro contraria uni eidemque titulo infarciverint reſponſa. Ergo cum Ant. Fabro. *2. conject. 2.* & hunc ſequuto Arumæo, *diſput. 8. theſ. 6.* res commodiſſimè componi poſſe videtur, nec opus eſſe ullâ textus correctione, quam huic difficultati Jacob. Cujac. adhibet. *9. obſerv. 34.* Diſtinguendo primùm inter occaſionem interitus rei. Si namq; perierit res

argumentum à facultate uſucapiendi, ad Publicianæ movendæ facultatem. Hincque ita argumentatur Marcell. *in d. l. 7.* § *2. h. t. n.* Eum, qui à furioſo, ignorans eum furere, emit, poſſe uſucapere. E. & Publicianam habebit. Sicut & qui à minore, ignorans eum talem eſſe, titulum habet. *d. l 7.* §. *4. & 5.* Unde colligunt ibi Dd. titulum putativum ad publicianam ſufficientem eſſe, cùm uſucapiendi conditionem inducat. Viciſſim *in d. l. 7. ad fin.* ita colligit Julianus: Si ſciens alienam poſſeſſionem adprehendit, Publicianâ eum experiri non poſſe, quia uſucapere non poterit.

Namque hoc ſi faceret Prætor, ſi tueretur nempè injuſtam poſſeſſionem, contra leges faceret. *l. 12.* §. *4. h. titul. noſtr.* ac tantùm ejus intentio eſt, ut juvet bonæ fidei poſſeſſorem, qui ſub prætextu juris, difficilimæ ſcil. dominii probationis, quæ ut *ſupr. dixi.* rei vindicatione agenti incumbit, callidè fruſtrare conatur bonæ fidei poſſeſſorem. E diametro huic noſtræ deciſioni refragatur reſponſum Ulpiani, *in l. 2.* §. *16. pro empt.* ubi habetur: *Si à furioſo, quem putem ſana mentis, emero, conſtitit uſucapere, utilitatis causâ me poſſe, quamvis nulla eſſet emptio. Et ideò neque de evictione actio naſcitur mihi, nec publiciana competit* Non deſtituitur hæc deciſio ratione Emptio à furioſo celebrata nulla eſt, quia furioſus nequit conſentire. *l. 2. C. d. contrah. empt.* ideoque deeſt requiſitum uſucapionis, titulus & cauſa. Et tamen utilitatis publicæ causâ ſpecialiter eſt permiſſum, ut uſucapio procedat. Verùm cùm quæ ſpecialiter ſunt permiſſa, in conſequentiam non ſint trahenda, exinde patet, id ad publicianam traduci haud debere. Sanè manifeſtam Antinomiam hîc ſubeſſe cenſet Ant. Faber. *1. coniect. 19.* Cujac. textum corrigit. *l. 16. obſ. cap. 29.* & ſub nomine Mercatoris. *2. notat. 27.* Aliter rem conciliare nituntur Rob. *2 recept. 10. & animadver. 2. cap. 27.* Duar. *ad. t. d. uſucap.* Lyc. *1. membr. ecl. 10* Arumæ. *diſp. 8. ff. ult.* Sed nulla ſubeſt difficultas, uſucapio ipſo jure non procedit, ſi quis rem à furioſo emat. E. nec publiciana ipſo jure locum habet. Verùm ut publicæ utilitatis causâ, uſucapio locum habet: ita & eandem propter rationem eſt introductum, ut locus ſit publicianæ. Sicque *l. 7.* reſpicit ad utilitatem. *l. 2.* ad id quod juris ſtrictâ ratione ſequi ſolet. Et per conſequens *l. 2.* rationem *l. 7.* enodat magis, quam eam legem oppugnat, dum docet, quâ ratione uſucapio, & ita quoque publiciana procedat.

Tit. III.
SI AGER VECTIGALIS, &c.
7. *De Origine Emphyteuſeos.*

IN omnibus ferè Imperiis, ab omni memoria antiquitatis, tam ipſum Reipublicæ corpus, quàm etiam privati cives, in uſu habebant quandam ſpeciem feudalium, vectigalium, emphiteuticariorum &c. fundorum. Sanè ad vires Imperii augendas, confirmandaſque fuit introductum, ut dominium utile, ſeu ut novi Interpretes loqui malunt, quaſi dominium, penes poſſeſſores, ipſa proprietas penes rempublicam eſſet, & illa eo nomine vel fidelitatem, vel etiam pecuniarium aliquod comodùm inſimul haberet, ut docet Niell. *diſp. feud. 1. th. 1.* & repetiit, ac pluribus illuſtravit, frater meus Joh. Georg. Beſoldus. *tr. d. orig. Fendor.* quam rem privati etiam poſtea æmulati fuerunt. Hinc deſcendunt in noſtro jure agri vectigales, de quibus hic noſter titulus agit. Sic etiam ſuperficiarium jus agnoſcit juriſprudentia noſtra: ubi quis in alieno ſolo ſuperficiem ita habet, ut certam præſtet penſionem *l. 74. ſupr. d. rei vindic. t. t. infr. de ſuperficiebus.* Deinde huc pertinet Emphyteuſis, & quoque locatio ad longum tempus. *l. fin. h. t.* putà ad decennium, ad vitam locantis, vel conducentis, aut cujus duratio confertur ad voluntatem conducentis. Vinc. Carot. *tr. d. locat. part. 1. t. locatio ad long. temp.* Ex quibus porrò feudum fluxit, item libellarius contractus, cujus ſæpè mentio fit in libris feudorum, ac item in *Novell. Leon. 13.* Et precaria, quæ ut Cujac. obſervavit. *4. obſ. 7.* à precario juris civilis planè differt. Quibus modis omnibus utile dominium transſcribitur in accipientem, & poſſeſſio & uſus vel etiam uſusfructus perpetuus; manente agri proprietate ſeu dominio directo penes dantem. Noſter autem *tit.* eſt de agris Civitatum & Reipublicæ populi Romani, quorum agrorum conditio natura ac origo hæc fuit. Victis juſto bello, pulſiſque hoſtibus, ager ex hoſte captus, fiebat publicus Populi Romani, victoriq; cedebat. Quod & approbat, omnium gentium jus. *§. item ea. 17. Inſt. d. rer. diviſ. l. ſi captiv. 20. d. capt. & poſtlim.* Ex his tamen agris partem aliquam, aliquando etiam totum agrũ, victis non adimebant, ſed veteribus poſſeſſoribus relinquebant, & ſæpè iis vectigal ac tributum imponebant. Talis autem agri publici vel publicati, varia genera, variæ item conditio-

ditiones extiterunt, ut colligo *ex l. in agris. 16. d. acquir. rer. domin. & h. tit. n. ſi ager vectigal.* & Livio in fine *libr. 3.* ubi de agro Coriolano. *Prima* ſpecies erat eorum agrorum, quos in victorem populum partiebantur, populoque aſſignabant, & per centurias & bina jugera dividebant. *Secundò*, agri manu capti aliquando militibus veteranis aſſignabantur & in præmium dividebantur, ſolatiumque ſenectutis. *l. Lucius. 11. d. evictione.* qui ager cùm limitibus diſtinguebatur, certiſque formis, certoque modo aſſignabatur, limitatus fuit nominatus. Unde hic ager jus alluvionis non habebat. *l. in agr. 16. d. acquir. rer. dom.* quoniam aſſignati & limitati agri forma, *id eſt*, conditio & quantitas non poterat immutari. Veruntamem ager limitatus à limitaneo differt. Hic namque militibus aſſignabatur in finibus Imperii, ut illi ſua jura, *id eſt*, limites Imperii attentius defenderent contra hoſtem, ut apud Lamprid. dicit Imperat. Alexand. Sicque limitati dabantur veteranis, in emeritæ militiæ premium, limitanei dabantur dimicaturis, in prælium. Hincque ſolis militibus concedebantur, non eorum heredibus niſi & ipſi militarent. Alii adhuc erant limitrophi agri, de quibus propriè loquitur *d. l. Lucius. d. eviction.* qui nempe non à militibus poſſidebantur, ſed ex quibus milites limitum duntaxat alerentur. *l. nulli. 13. l. 8. C. d. fund. patrimon. lib. 11.* *Tertiò* agri manu capti, aliquando nec populo, nec militi aſſignabantur, ſed ſæpe, vel pro parte, vel in totum, haſtâ poſitâ publice diſtrahebantur, eorumque pretium ærario inferebatur, ideò non dicebantur agri limitati, ſed venditi duntaxat. *d. l. in agris.* *Quarta* & ultima ſpecies agri publici fuit ejus, qui in publico remanebat, *id eſt*, in Reipublicæ poſſeſſione, dominio & uſu, quique nec populo, nec militi diviſus, & aſſignatus erat, neque etiam ſub haſta venditus, ſed publicè ad Reipublicæ aut etiam civitatum ſeu municipiorum onera & ſubſidia adſcriptus. Hos autem agros Reſpublica aliquando locabat, vel per ſingula luſtra, vel ad longum tempus, & per mancipes ſeu publicanos, ac vectigalium redemptores, reditus colligebat, iique dicuntur in hoc tit. agri non vectigales. Aliquando his agris Reſpublica aut civitas vectigal imponebat, perpetuum ſcil. atque præſtandum ab his, quibus publici agri fruendi dabantur. Nempe decimam ſeminum omnium, aut vero fructuum, qui ex arboribus perciperentur quintam, & ex pecoribus pendebant, pro ut agri & paſcuorum fertilitas pateretur: unde & decumani

agri dicti fuerunt. Hic verò ager vectigalis, interdum in aſſignatum aut diviſum mutabatur. Sicque de Julio Cæſare Suetonius ſcribit: Agrum Campanum ad ſubſidia Reipublicæ vectigalem relictum, diviſit extra ſortem viginti millibus civium, quibus terni pluresve liberi eſſent. Ex hoc apparet; quod *in l. 11. d. evict.* meminit Paulus JC. Lucii Titii prædia quæ trans Rhenum in Germania emit, ex præcepto principali partim diſtracta, partim veteranis in præmia aſſignata fuiſſe, minimè probare, Principem alicui rem ſuam aufferre poſſe. Namque ibi quæſtio eſt de poſſeſſionibus ejuſmodi vectigalibus quæ eâ conditione datæ fuerunt, ut poſſint revocari. arg. *l. cotem. 11. §. agri. 1. d. public.* Ea enim prædia erant in finibus Imperii hoſtibus erepta, & ſic jure belli facta publica, veruntamen relicta ſubactis colonis & poſſeſſoribus ſolo nudoque uſu per eos tenenda, ſub annuo & modico, ſeu temporario vectigali: non autem erant in mancipio & dominio poſſeſſorum; talia namque prædia à Principe aufferri nequeunt, per text. expreſſum *in l. 13. ff. com. prædior.* Indeque hi fundi, agricivitatum dicebantur. Agri namque appellatio proprietatem ſignat. *l. 10. q. 115. d V. S.* coloni verò tantum ſuas poſſeſſiones dicebant, non ſuos agros. *l. 1. h. t. l. ſi finita. 15. §. ſi d. vectigal. 26. d. damn. infect.* Quamvis autem fundus vectigalis, municipum vel Reipublicæ ſit; tamen jus aliquod in eo habet poſſeſſor. *l. 71. §. penult. & ult. d. legat. 1.* Unde ipſi poſſeſſores vendebant hoc ſuum jus, ſeu dominium utile. *d. l. ſi finita. §. ſed in vectigali. d. damno infect* quamvis dominium directum non ullo tempore præſcribebatur. *l. 9. d. uſucap. cum ſimil.* Hinc etiam vectigalis actio, *in h. tit.* nihil aliud eſt, quàm utilis vindicatio & actio in rem, quæ datur pro tuendo uſu, & quaſi dominio fundi vectigalis, dummodo vectigal Reipublicæ ſolutum ſit. Omnia hæc etiam imitari fuerunt Germanicæ gentes; quæ Imperii Romani pleraſque provincias occuparunt, & ſimiæ fuerunt inſtitutorum Romanorum. Hincque feuda deſcendunt, nobilibus data: Schupfflehen / Gült und theilbare Höff / rc. quæ privati habebant. Poſtremò ex hoc titulo ortum habuit emphyteuticus contractus, jure Codicis formatus, quamvis antea, ut ex *œconom.* Ariſtot. patet, gentibus aliis cognitus fuerir: quo contractu datur fundus plantandus, augendus, meliorandus & inſerendus (unde & ita nominatur. Eſt namque ἐμφυτεύω inſero) vel area conceditur inædificanda, ut quotannis ejus

ejus ſoli nomine, certa penſio à poſſeſſore præſtetur. Erant olim Emphyteutici agri ut plurimum inculti, ſqualidi, & deſerti, eamque ob rem dabantur excolendi perpetuariis colonis, ut eos ſererent, inſererent, & meliores efficerent, atque vectigal annuum pro iis dependerent, quemadmodum de agris publicis per bella civilia deſertis & incultis olim Romæ factum, ut ex Appiano *1. de bell. civil.* conſtat. Macer JC. *in l. ſciendum. 15. §. 1. qui ſatiſdare cog.* vectigalem agrum, emphyteuticum appellat, hocque modo dicitur in agris vectigalibus poſſeſſori jus emphyteuticum eſſe, *l. 3. §. ſi tut. 4. d. reb. eorum, qui ſub tutel.* Sicque ager vectigalis, idem qui emphyteuticarius videtur. Et errare puto Coraſium *in rubr. C. d. iure emphyteut. num. 4. & in l. ſi cui. in fin. ff. d. ſervit.* Qui ait, agros emphyteuticarios non publicos fuiſſe ut vectigales, ſed privatorum: indeque *in d. l. ſciendum.* perperam legi ait, vectigalem, *id eſt*, emphyteuticum, cum legi debeat, vectigalem vel emphyteuticum. At nec particula *vel*, ſemper diverſitatem rerum importat, ſed determinat & explicat interdum. Wehner. *d. V. S. verbo* Oder. Et hæc quoque noſtra rubrica meminit emphyteuſeos, cum tamen nil de privatorum agris in ſubjectis Legibus agatur. adde Molinæ: *ad conſuet. Pariſ. num. 25. & ſeq. part. 2. in pr.* Alciat. *1. parerg. 36. & 38.* Argentè. *in not. iuris ſelect. f. 202.* Germanis Lehen- und Erbrecht/ nihil aliud eſt, quàm emphyteuſis Roſacorb. *cap. 46.* Illud tandem hîc monere placet, aliud eſſe embateuticum jus, nempe jus ingrediendi & intrò pedem inferendi, ἀπὸ τοῦ ἐμβατεύειν, quod eſt ingredi. Placet quod ait Alciat. *11. parerg. cap. 36.* jus eſſe, quod creditor in bonis debitoris ſibi ſtipulavit, propriâ auctoritate ingrediendi, ut vel pignoris jure poſſideantur juxta *l. 3. C. d. pignor.* vel in ſolutum cedant.

8. *Irrequiſito Domino, rem emphyteuticam ſeu vectigalem alienans, à ſuo jure cadit.*

PLuribus modis in jure proſpectum eſt proprietariis, ſeu dominis, adverſus rerum ſuarum perpetuarios poſſeſſores, idque ea ratione, ne id perpetuarium ſuperficiariumque jus, degeneret in dominium verum. Inter alios etiam ſancit *l. ult. C. d. iure emphyteut.* ut emphyteuta jus ſuum alienare, in aliumque transferre volens, id faciat Domino conſentiente: ſique id negligat, hoc eſt inſcio domino fundum emphyteuticum vendat, pœna eſt conſtitu-

ſtituta, ut à jure ſuo cadat. Hæc autem deciſio, cum ſit pœnalis & ideo odioſa, ac per conſequens reſtringenda, locum non habere putatur in venditione nulla, putà ſi ex defectu ſolennitatis, vel aliam ob cauſam, non valeat contractus. Molinæ. ad *conſuet. Paris. tit. 1. §. 33. gloſſ. 1. num. 32.* quia quod nullum eſt, nullum parit effectum, & acceſſoria non operantur, ſublato principali. Idque ampliant, ut pœna non incurratur, licet procedatur ad traditionem: nam & tunc venditio, ipſaque traditio eſt nulla. Namque ſi emphyteuta rem vendere velit, debet prius domino offerre, qui intra duos menſes eam emere tenetur; quod ſi non faciat, poteſt emphyteuta rem alteri vendere. Emptor autem domino præſtabit 50. pretii partem, quam Laudemium vulgò vocant. Hocque ex contractu nullo haud debetur, ac eo nomine ſolutum condici poteſt. Peguera. *deciſ. 156.* Quod verò Albericus *in d. l. ult.* ſcribit, deſiiſſe pænam ejus legis, & emphyteutæ liberam alienationem permitti; id intelligo de Galliæ & Italiæ uſu, namque in Germania hanc pœnam adhuc vigere, praxis quotidiana atteſtatur. Ex eodem fonte & hanc haurimus reſtrictionem, quod ſi Emphyteuta partem ſolùm alienet, is non toto fundo vel prædio emphyteutico, ſed illa tantùm parte, quæ ab eo alienata fuit, cadat. Trentacinq. *lib. 3. tit. d. iure emphyt. reſol. 8.* id quod in ſacro conſilio deciſum fuiſſe, Grammaticus atteſtatur. *deciſ. 49.* hancque opinionem communiorem & æquiorem eſſe dicit Julius Clarus. *§. emphyteuſ. quæſt. 13. verſ. non omittam etiam unum.* Quamvis eam multis oppugnent Cephal. *conſ. 139. vol. 1.* Roland. à Vall. *conſ. 17. vol. 2.* Natta. *conſ. 470. & 480. vol. 3.* Hackelman. *ill. 11. theſ. 17. lit. a.* eamque tum demùm procedere dicat Crotus, *in l. 4. §. Cato. d. V. obl.* cùm plures res & ſeparatæ eſſent conceſſæ, non cùm unicum corpus eſſet datum, & unico pretio. Verùm communis opinio, adhuc mihi æquior videtur, cùm pæna debeat commenſurari delicto, & hac ratione æquali pænâ puniretur, totum & partem alienans, cùm tamen delictum non ſit æquale utrobique. Sicque Vaſallus, nolente domino partem tantum alienans, non toto feudo; ſed eâ ſolummodo parte quam non conſentiente domino alienavit. *c. 38. lib. 2. feud.* Porro alienationem non operari amiſſionem dicunt, cùm traditio eſt ſubſequuta. Tiraquell. *d. retr. munic. §. 1. gloſſ. 2. n. 43.* nam ut pæna locum habeat neceſſe eſt, ut delictum ſit conſummatum; & ante

tradi-

traditionem, perſona tantum, non res eſt affecta. Sicque licet de alienatione tractare, eâ conditione ſi dominus conſenſerit. Alber. & Jaſ. *in l. fin. num. 144. C. d. iur. emphyteut.* Verùm etſi actualis non intervenerit traditio, ſed ficta, per clauſulam conſtituti, ſimiliter cadit alienans jure ſuo: ut latè probat Rol. à Valle. *conſ. 51. vol. 2.* namque tunc juris intellectu poſſeſſio translata videtur, ideoque omnes juris effectus operari debet. argum. tradit. à Vital. de Camb. *tr. clauſul. clauſ. conſtituit ſe precario nomine creditoris ſeu emptoris poſſidere, &c. ſ m. 60. &c.* Unde & illud rectè evincunt, quando poſt alienationem & traditionem, recuperat rem ipſam emphyteuta, tunc non evitare pœnam privationis. Bartol. *in l. ſequitur. §. item Labeo. in fin. d. uſucap.* ubi Roman. dicit quod Bartol. communiter approbetur. Rationem habet hæc deciſio manifeſtam. Etenim ex quo propter alienationem, emphyteuta ipſo jure cecidit ab emphyteuſi, non poteſt is jus domino quæſitum ſine domini conſenſu evertere, ſibique jus ſemel amiſſum reſuſcitare: ut & aliàs in delicto conſummato pœnitentia locum non habet. Illud eſt expeditum: quod ſi plures ſint emphyteutæ unius prædii, & unus alteri partem ſuam tradat, vel vendat: licet id fiat domino irrequiſito, non habere locum privationis pœnam. Marſil. *ſing. 28.* Clarus. *§. emphyteus. quaſt. 14.* nam haut deterius fit domini jus, ſed potius melius, cum canonem ex una capiat manu. Et plures emphyteutæ pro uno, juris ratione habentur. Sicque ut ſine domini conſenſu dividi poteſt emphyteuſis; ita quoque ſine ejus conſenſu poteſt reuniri, inter eos ſcilicet qui ab initio æquale jus in tota re habuerunt. Pariter ut feudum abſque domini quoque conſenſu, in ſimultaneè inveſtitum vel agnatum alienatur. Hartman. Piſtor. *1. quaſt. 6.* Sunt verò qui putent; ſi unus hæredum ſolvat, alter non, rem totam cadere in commiſſum. Hackelman. *ill. 11. theſ. 17. b.* *In emphytheuſi* item *pluribus ſimpliciter conceſſâ, quomodo canon debeatur; ac an alterutro ſolvere ceſſante, res tota cadat in commiſſum?* Magonius decidit *deciſ. 9.* Et porro dividi quidem poteſt emphyteuſis: Valaſcus. *quaſt. 43. num. 6.* Corbul. *cap. 14. limit. 7.* niſi obſtet pactum ſingulare. Corbul. *cap. 2.* Quemadmodum noſtris ferè moribus, die Bawren- und Lehen-Höff / nicht vertheilt werden können. Sed tamen diviſio notificanda domino videtur. Ut & aliàs, in alienatione. Demùm ſi dominus direc-

ctus, præſtiterit conſenſum emphyteutæ ſecundo; primus à canonis ſolutione liberatus reputatur. Maſtrill. *1. deciſ. 55.* Agit & de jure commiſſi, in emphyteuticaria materiâ, Roſacorb. *cap. 46.* Et quod dominus directus, haut poſſit tertium poſſeſſorem convenire; niſi præcedente declaratione, ſuper caducitate, docet Joſ. Ludovic. *deciſ. Lucenſ. 9.* Eſt etiam caducitas adeò odioſa, ut ea remiſſa cenſeatur, per Canonis, totius vel partis receptionem. Magon. *deciſ. 35.* Conſ. Altorf. *5.* & ego mox *infrà*, prolixiùs D. V. hâc de re agam.

9. Emphyteuta, etiam Domino non conſentiente, jus ſuum donare poteſt.

HAnc certè opinionem contra Sarmientum, *3. ſelect. cap. 2.* defendit Donell. *9. com. c. 14.* ubi Hilliger. *lit. g.* & etiam Dn. Harpprecht. *in §. adeò. num. 31. 5. Inſtit. d. locat. & conduct.* Firmaturque hæc aſſertio dogmate illo communi, quod quilibet rei ſuæ arbiter & moderator ſiet, eamque regulariter donare queat. Ergo & hoc de emphyteutico jure, quod emphyteutæ ejuſque heredum eſt, dici debet. Hincque Domino inconſulto, jus hocce ſuum alteri legare poteſt emphyteuta. *l. 71. §. ult. d. legat. 1. l. in conventionibus. 219. d. V. ſignif.* niſi emphyteuſis certæ ſolùm perſonæ ſit conceſſa: legatum autem donatio eſt. *l. 36. d. legat. 1* nec video differentiæ rationem, cur poſt mortem facere queat emphyteuta, non vero antequam moriatur, ut ad donatarium perveniat fundus eo jure, quo ipſe eum antè poſſidebat. Nec etiam agnoſco differentiam inter fundum emphyteuticum, & vectigalem, quam hîc nonnulli faciunt. Et licet eam agnoſcamus, tamen in eo conveniunt, ubi non aliud à Zenone vel Juſtiniano diſpoſitum fuit. Non obſtat quod *ſupra* deciſum fuit, venditionem ignorante domino factam, pœnam mereri. Nam cùm illa deciſio ſit pœnalis, ideo tanquam odioſa; quàm arctè eſt interpretanda, nec ad caſum, ubi diverſa ratio ſubeſt, extendenda. Verùm in venditione idcirco domini opus eſt conſenſu, ut ſi velit, eodem pretio emere queat: quæ ratio in donatione ceſſat. Incivile enim eſſet, ſi Dominus vellet, ut emphyteuta jus ſuum, quod Titio de ſe vel bene merito, vel ſibi amico donavit, Domino gratis largiatur: cùm certæ & ſpeciales ſint affectionis cauſæ, ob quas aliquis donat. *l. 9. pro ſoc.* Hincque etiam regula illa

illa vulgata, *l. 163. d. R. I.* quod nempe eidem vendendi jus ſit, cui donandi, hîc nil operatur, cùm diverſa ratio utrobique ſubſit. Et porrò obſtare videtur, quod Imp. *in l. 3. Cod. de iure emphyt.* ait: non licere emphytheutæ, ſine conſenſu domini meliorationes ſuas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre. Ubi maximè urgetur vocula adverſativa, quòd nempe non ſolùm venditio, ſed generaliter translatio juris emphyteutici in alium, prohibita eſt. Verùm illa generalis ſanctio, ex ſubſequenti declarativâ diſpoſitione, rationeque huic prohibitioni ſubjunctâ explicanda: nempe prohibetur alienatio inſcio domino, ut jus protimiſeos Domino maneat ſalvum. Verùm illud, ut omnes fatentur, in donatione ceſſat. Sed tamen adhuc opus eſſe puto, ut dominus donatarium in poſſeſſionem introducat, non verò, ut laudemium accipiat. Joſ. Ludov. *deciſ. Lucenſ. 8.* niſi loci conſuetudo velit, ut quoties poſſeſſor mutatur, illud præſtetur.

10. Quatenus Dominus emphyteutam expellere queat, ob canonem non ſolutum?

NOn dubium eſt, quin dominus emphyteutam ob non ſolutam penſionem ſeu canonem, expellere queat: id quod innuit Ulpianus *in l. 2. h. t. n.* cùm ait: etiam adverſus ipſos municipes, actionem competere ei, qui fundum in perpetuum conduxit, ſi modò vectigal ſolvat. E. emphyteuta non habet actionem, ſi ob vectigal non ſolutum expellatur. Sicque Imp. Juſtin. *in l. 2. C. de iure Emph.* reſcribit, ſi per totum triennium pecunias non ſolverit emphyteuta, volenti domino, licere eum à prædiis emphyteuticariis repellere. Idemque dicendum eſt in Eccleſiaſtica Emphyteuſi. Buſius. *ad l. 2. ff. h.* niſi quòd in ea biennio ſolùm opus eſt. *auth. qui rem. C. d. SS. Eccleſ.* Sed hîc magna controverſia occurrit: *An* nempe *ipſo iure emphyteuta ob non ſolutum canonem poſſeſſione cadat, an potius ſententia iudicis requiratur?* Sunt in utramque ſententiam argumenta, ſunt auctores. Menochius quem allegat Buſius. *ad l. 2. h. t.* cenſet, judicis decreto opus eſſe: quod & placet Donello. *9. comment cap. 15* Ego juris veritate inſpecta, non ſolùm ipſo jure cadere Emphyteutam ſuâ poſſeſſione, ſed & (licet id Buſius *d. loc.* & Fachinæus. *1. cap. 95.* negent, praxiſque non obſervet) putarem, dominum non puniri ſi fundum hoc in caſu propriâ auctoritate ingrediatur. Argumento mihi

ſunt verba *d. l. 2. C. de iure emph.* ait enim ibi Juſtinianus: *Licere volenti domino repellere emphyteutam ex emphyteuticariis fundis.* Quamvis autem hoc verbum *repellere*, non ſemper ſit accipiendum de vi pernitioſa publicæ tranquillitati, ſed magis ad juris intellectum referri ſuadeat æquitas: ut ſit repellere, videlicet per legitimum remedium. Oldendorp. *action. 2. claſſ. 3.* Sed tamen ſubjungitur mox, de nulla pœna ab emphyteuta adverſus dominum opponenda. E. illa repulſio Emphyteutæ à Domino facta, talis eſt, quæ aliàs pœnam mereretur, nempe non ea, quæ fit Judicis auctoritate (nam illa num pœnâ digna ſit, ſtultum eſſet dubitare) ſed quæ fit ab ipſo domino ſibi jus dicenti, quæ regulariter prohibita invenitur. Et in fine *dict. l. 2.* proponitur remedium, quo adhibito, non debeat Emphyteuta dejectionis periculum timere. E. ſi hoc remedio non utatur, haud ſolùm is timere debet, ut ſententiâ judicis expellatur, ſed & metuendum ei eſt periculum dejectionis. Dejicere autem, eſt expellere eum, qui poſſidet, ſive naturaliter ſive civiliter poſſideat. *l. 1. ff. de vi & vi arm.* Non obſtat, quod ſæpè *d. l. 2.* illam expulſionem in domini voluntatem confert, & interdum quoque per ipſum dominum ſtare queat, quò minus penſio ſolvatur. Nam hæ duæ rationes minimè evincunt, ideò opus eſſe judicis decreto. Nam & noſtra ſententia non cogit dominum, ut expellat emphyteutam, ſed liberam voluntatem hoc faciendi eidem permittit. Ac porrò minimè dicimus, tum emphyteutam dejiciendum eſſe, cùm penes dominum ſtat, quò minus canon exſolvatur. Nam ſi hoc in caſu, Dominus emphyteutam poſſeſſione privare velit, vim eum feciſſe dicendum eſſet. Requirimus enim in hac dejectione, ut omni alio in caſu, ubi privato vis quædam eſt conceſſa, non ſolùm cauſam legitimam, & inſuper quoque moderamen. Ajunt porrò contrariæ ſententiæ propugnatores, non ſine cauſæ cognitione, ſi facti vel juris quæſtionem moveat emphyteuta, ejiciendum eum eſſe. Ego dico, conſultum eſſe, ut dominus vi hoc in caſu abſtineat: & ſententiam exſpectet, vel ſaltem officium Judicis imploret, & viâ executivâ procedat. Sed ſi dejiciat nihilominus poſſeſſorem, tum judicis cognitio eſt, an rectè fecerit, *id eſt,* non ſtatim dominus condemnari debet, ſed tum demum, ſi nullas habuit legitimas dejiciendi cauſas, ſi juſtè recuſavit poſſeſſione cedere emphyteuta. Sed hîc quæſtio occurrit: ***An dominus directus,***

qui

qui poſtquam emphyteuta, moram in ſolvendo canone admiſit, & ita iure ſuo cecidit, petat vel recipiat canonem, caducitatem illam remiſiſſe cenſeatur? Hic differentia facienda eſt inter ſecularem & Eccleſiaſticam emphyteuſin. Et quoad ſecularem nemo dubitat, quin dominus ad privationem venire queat: ſi dum canonem recipit, expreſſè proteſtando ſibi reſervavit jus ſuum. Clar. *§. emphyteuſis. quæſt. 10.* Namque hæc eſt natura proteſtationis, ut conſervet jus proteſtantis, non obſtante tali actu, qui abolitionem illius juris importare videtur. *l. ſi debitor. 4. quib. mod. pignus vel hypotheca ſolvi.* Verùm cùm proteſtatio, contraria quæ eſt è diametro facto, ridicula potius ſit, quàm ut aliquid operetur. Inde licet dominus proteſtando ſibi jus ſuum reſervet, nihilominus ſi canonem recipiat temporis futuri, non poteſt expellere emphyteutam: cùm per naturam incompatibila ſint, velle expellere emphyteutam, & recipere velle penſionem. Clar. *d. loco.* Si vero Dominus abſque proteſtatione præteriti temporis recipiat canonem, multi ſunt in ea opinione, ut hoc in dubio pœna caducitatis remiſſa videatur. Quam opinonem Clarus. *d q. 10.* humaniorem & æquiorem, ab eaque in practica non recedendum eſſe dicit. Verùm Bartol. *in l. 2. n. 8. C. de iur. Emph.* in contraria eſt opinione, quàm ſibi multùm placere dicit Salicet. *d. l. 2. num. 14.* Quæ & juris rigore inſpecto, veriſſima videtur. Nam cùm emphyteuta canonem non ſolvens, non loco canonis, ſed pœnæ nomine fundum emphyteuticum amittat, & ita jam ad duo ſit obligatus, ad ſolvendum nempe canonem præteritum, & fundi reſtitutionem. Haud video quomodo alterutrum exigendo, reliquo eum renunciare cenſeri queat. Non obſtat, quòd creditor accipiendo pecuniam, etiam remiſiſſe pœnam videatur. *l. ultim. ff. de eo quod certo loco.* nam hoc locum habet in pœna ſtipulata, non in ea, quæ juris ſanctione venit. Nam tunc pœna acceſſorium eſt principalis obligationis, quâ extinctâ, haud actio ſupereſt, quâ pœna peti queat: hîc verò actionem, ſcil. condictionem ex lege habet dominus ad revocandum fundum ab emphyteuta, & item aliam actionem ad canonem exigendum, quæ ut ſeperatæ ſibi invicem non præjudicare poſſunt. Objicitur etiam *l. 10. §. fin. infra de publican.* ubi reſpondet JC. Hermogenianus: Non ſolutis vectigalium penſionibus pellere conductores, nec dum etiam tempore conductionis completo, vel ab his uſuras ex mora exigere permittitur.

ritur. Verùm non obſtat nobis hic textus: nam fateor non poſſe emphyteutam expelli, & ſimul uſuras ex mora non ſoluti canonis exigi. At aliud eſt ipſum exigere canonem, & exigere uſuras. Nam hic uſuræ ex mora ſunt loco pœnæ: duæ autem pœnæ ſimul locum habere non queunt. Adhuc magis Eccleſia poteſt expellere emphyteutam ceſſantem in ſolutione, & unà etiam ab expulſo petere penſiones per text. *in auth. qui rem. C. d. SS. Eccleſ.* Ex quo patet, hæc eſſe in Eccleſia compatibilia, pellere emphyteutam & accipere penſiones. Si ergo hæc duo compatibilia exiſtunt, nil refert ab expulſione incipiat, vel à canonis exactione: remedia namque compatibilia, electione haud tolluntur. arg. *l. nullus. 20. d R. l. in 6. l. edita. 3. actio. C. de edend.* cum ſimil. Sicq; Eccleſia, expellere poteſt emphyteutam, ob canonem non ſolutum: etiamſi prius ab eo petierit reſiduas penſiones. Trentacinq. *d. t. d. iure emph. reſol. 6.* Nec obſtat, quòd Sarmientus in contrarium argumentatur. *3. ſelect. interp. 9.* qui ait, recipiendo ſolutiones jam ceſſas, videri Eccleſiam ad pugationem moræ admittere emphyteutam, & ita purgatâ morâ fieri non poſſe, ut ad pœnam agatur. Verùm ratio conſequentiæ me latet. Et quamvis Eccleſia cenſeatur admittere emphyteutam ad moræ excuſationem, non tamen ſequitur moram purgatam eſſe: aliud namque eſt admittere ad moræ purgationem, aliud moram pro purgata haberi. Ait porrò Sarmientus: Quando culpa eſt in omittendo, ut in ſpecie hac noſtra, pœnam facilè remitti, per recuperationem ejus, quod intereſt, ſeu rei principalis, etiamſi utrumque exigi poſſit. Frivolum ſanè eſt hoc argumentum, & petitione principii laborat. Non enim ſequitur, facile remittitur pœna quam omiſſio cauſat. E. per canonis acceptionem, condonata cenſetur: & id eſt in quæſtione, an hac ratione remiſſa videatur? Quemadmodum autem dominus penſionem præteritam accipere poteſt, & nihilominus poſtea expellere emphyteutam; ita pariter dominus ob canonem non ſolutum prius emphyteutam expellens, & tum demum præteriti temporis penſionem petere, non prohibetur. Trentacinquius. *var. reſolut. 3. d. iure emphyt. reſolut. 7.* Idque ex ratione jam modò ad quæſtionem præcedentem adducta: quia nempe hæc remedia, compatibilia ſunt. Quippe res & pœna, propter diverſas cauſas exiguntur, nec pœna ſuccedit loco rei. *l. ſi quis rem. 30. de arbitr.* utrumq;

ideò

ideò exigi poteſt, in hocque differt pœna legalis à pœna ſtipulata. Sicut etiam evenit in re furtiva,& pœna furti. *l. ſi pro fure.7. d. condict. furtiva*. Non obſtat, quòd Jul. Clarus. *in §. emphyteuſis. qu.10. in verſ. quaero nunc.* pro opinione contraria, quam communem eſſe teſtatur,adducit. Cùm emphyteuta perdat meliorationes, de quo poſtea ſingularem proponam quæſtionem,abſurdum etiam eſſe, quod ſolvat penſiones, nè multiplici pœnâ puniatur, *id eſt*, re emphyteuticâ, penſionibus,& melioramentis: contra *c. & ſi clerici.4. §.fin.d. ind.* Verùm hæc ratio non impugnat ſententiam noſtram: duabus namque pœnis nemo affici debet; ſed nec meliorationum amiſſio verè pœna eſt,(ut *ſuo loco* dicam) & nos non jam agimus de pœna, ſed canonum præteritorum exolutione, qui debentur intuitu commodi, quod emphyteuta ex fructibus percepit. Tandem hoc eſt notandum, in omni Emphyteuſi, moræ purgationem admitti: ſi nempè impedimentum legitimum adferatur. Item Eccleſiaſticus emphyteuta, celeri ſatisfactione efficit, quo minus jure ſuo cadat. *c. potuit. ext. d. locat.* tamen hoc ex æquitate communiter etiam extendunt ad Emphyteuſin laicalem. Trentacinq. *d. t. reſol. 4 n.7.&c. & ad fin.* Hancque opinionem, quæ aliàs maximè eſt controverſa, multis rationibus,pro & contra adductis, ita eleganter defendit Sarmientus, *ſ. cap. 5.* ut aliorum diligentiam antevertiſſe videatur.

II. *Meliorationes ſeu impenſa, quibus res emphyteutica melior eſt effecta, ſemper ad dominum pertinere videntur.*

Finitâ emphyteuſi, meliorationes quas vocant, in re emphyteuticâ factæ, an ad Dominum directum ſpectent? quæſtionis eſt controverſæ. Dd. cōmuniter dicunt: meliorationes à Domino repetere poſſe emphyteutam eo in caſu, quando non culpâ ſuâ jus emphyteuticum ceſſat, ſed ex conventione, ut ſi ei fuit conceſſa ad certum tempus, vel ad certas generationes. Aliud ſi propter culpam ab emphyteuſi repellatur, putà ob penſionem non ſolutam, vel ob alienationem, illicitè factam, vel ob rei deteriorationem. At veritati juris magis conſentanea illa opinio videtur, quæ indiſtinctè adimit emphyteutæ meliorationes. Sarmientus. *ſ ſelect 4.* Ratio eſt, quia contractus emphyteuticus eâ maximè fit ratione, ut res melior efficiatur, quod colligitur ex ipſius

ipſius verbi etymologia. *l.fin. C.d.iur. emphyt.* ubi gloſſ. Sicque ſolet Eccleſia res ruinoſas ad meliorandum in emphyteuſin concedere, *auth. ſi quas ruinoſas. C.d.SS. Eccleſ.* E.ſi hâc ratione, ad huncque finem celebrari ſolet emphyteuticus contractus, dominus non tenetur ſolvere expenſas meliorationũ: ob id enim dat in emphyteuſin, ut ab hoc ſumptu excuſetur. Hancque ob cauſam, tam exiguum & fructibus non correſpondentem canonem accipit; quod ſanè non fieret, ſi etiam impenſas ſolvere teneretur. Et ſic locatio in hoc ab emphyteuſi differt. Namque conductor regulariter poteſt repetere expenſas, in re conductâ factas: non verò in eâ locatione, quæ eo intento ſit, ut res melioretur. *l.Colon°.61.ff.loc.* Nec obſtat tex. *in l.domos.58.ff.d.leg.1.* ubi reſpondet JC. ſi quis fecit impenſas in re ſubjecta reſtitutioni, poſt tempus poterit repetere eaſdem, ab eo cui eam rem reſtituit. Id enim pro regulâ obtinet, quod admittit exceptionem in emphyteuſi, propter rationem diverſitatis jam *ſuprà* adductam: quia nempè ea datur ad meliorandũ. Sic & quod in Feudo, meliorationes ad Dominum revertente prædio feudali, vaſallus detrahere poteſt: in eo differt Feudum ab emphyteuſi. Feudum accipitur quidem gratuitò; ſed intuitu ſervitiorum militarium, quæ magnum vitæ bonorumq; periculum important, quod de Emphyteuſi dici nequit. Et quoq; non licet ab emphyteuſi argumentari ad Feudum, ubi diverſa ratio ſubeſt utrobique, ut docet Everhard. *in locis legal.* quid autem ſit juris in deterioratione? docet Joſ. Ludovic. *deciſ. Lucenſ. 8.* Emphyteuſis interdum datur ea conditione ut non niſi ad deſcendentes tranſeat. Hincque variæ ſuboriuntur quæſtiones: Qui nempe ſenſus ſit, pro ſe & filiis deſcendentibus. Magon. *deciſ. 7.* In Inſtrumento Emphyteutico, quomodo verbum heres accipiatur. vide Magon. *deciſ. 14.* & *deciſ. 19.* ubi quid importet, ſi emphyteuſis pro filiis & nepotibus ſit data: ac an tunc in locum patris cum patruis ſuccedant? Item an emphyteuta filiis præjudicare poſſit, in emphyteuſis conſtitutione vocatis? diſquirit Joſ. Ludov. *deciſ. Lucenſ 66.* An emphyteuſis concedi poſſit vivente poſſeſſore, & in ejus mortis caſum, Joſ. Ludovicus. *deciſ. 63.* Item Renovatio emphyteuſis, quomodo intelligatur facta, cum ſua cauſa: & an cenſeatur facta, cum ſua cauſa, & ſecundùm naturam primæ conceſſionis? vid. Magon. *d. deciſ. 14.* Et inprimis Eccleſiaſtica em-

phyteu-

phyteuſis, non facilè tranſit ad extraneos heredes. Magon. *deciſ. 12. Legitimatus an admittatur ad talem emphyteuſin: & num ea tranſiens ad privatum, naturam ſuam mutet?* vid. Magon. *deciſ. 10. Num inibi appellatione filiorum, fœmina comprehendantur?* vid. Joſ. Ludovic. *deciſ. 29.* Magon. *deciſ. 7.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro VII. Pandectarum.

DE USUFRUCTU, &c.

1. Diviſio Servitutum.

SErvitutes, vel reales ſunt, vel perſonales. *l. 1. ff. de ſervit.* Duaren. *ad rubr. d. tit. in princ.* Donell. *9. com. 21.* Num verò ſervitus realis ſit, vel perſonalis, ut dijudicemus; ſemper reſpiciendum eſt ad illud, cui ſervitus ſit conſtituta: non ad illud quod ſervitutem debet. Sicque ſemper ſervitus nomen habet à prædio dominante, non ſerviente, utpote potiori. Gl. & Dd. in *l. 1. ff. d. ſerv. urb. prædior.* Si itaque ſervitus conſtituta ſit prædio ſive rei, prædialis vel realis emergit, ſin verò res vel prædium perſonæ ſerviat, dicitur exinde perſonalis. *l. 8. §. 3. ff. d. liberat. legat.* Donell. *9. comm. cap. 22.* Cæpolla. *d. ſerv. urb. præd. cap. 2.* Ac quamvis omnes omninò res, non tantùm ſervitutes, perſonarum causâ, & quidem principaliter ſint comparatæ, *l. 2. d. ſtat. hom. l. 28. §. 1. de uſur.* Tamen perſonales à realibus ita diſtinguuntur: quòd illæ cum perſona extinguantur, hæ res ipſas concomitentur. Vital. *2. var. lect. 1. num. 5.* Ergo omnes ſervitutes, de quibus hîc agimus, debentur à re, & differunt, quòd interdum res perſonæ, interdum res rei ſervit. Servit quidem interdùm perſona perſonæ, ut cùm alicui debetur uſusfructus in ſervo. Verùm ſervi veniunt in jure noſtro appellatione rerum, quod & *1. polit.* Ariſtot. docet, qui ſervum vocat inſtrumentum animatum. Tertia igitur hîc ſpecies perperam additur, merè ſcil. perſonalis, quæ non huc, ſed ad jus pertinet perſonarum, & ſecundùm quam ſervi ſunt in dominorum poteſtate. *§. ſervitus. 2 Inſt. de iure perſonarum.* Arithmæ. *1. perie. diſput. 4. theſ. 1.* Nec etiam operæ liberorum huc ſpectant: cùm pro ipſis confeſſoria non detur. *l. 54. §. 1. de V. O.* &

multis modis differre à ſervitutibus videntur: ut docet Guil. Val. Forſter. *lib. 2. diſp. 8. th. 10.* Pariter cùm perſona rei ſervire videtur, putà, ſi ſervus ſit manumiſſus, eâ conditione, ne recederet à monumento, ut *in l. 71. §. 2. d. condit. & demonſtr.* non ſervitus eſt, ut noſtro in ſenſu: eo namque in caſu conſtituitur tantùm obligatio perſonalis, quod demonſtrat Donell. *9. com. c. ult. ad fin.* Quare nec vera erit ſervitus illa, quâ ruſtici coguntur uno priſtino, vel aquario vel ventilato uti, ad quæſtum domini, qui illi pago præeſt. Balduin. *ad §. inter. 2. Inſtit. de ſervit.*

2. *Definitio Uſusfructus.*

Uſusfructus eſt jus utendi fruendi, rebus alienis, ſalvâ rerum ſubſtantiâ. Ita definitur ille in *l. 1. & in pr. Inſt. h.* Hotom. *il luſtr. 22.* Lyclam. *7. membr. 29.* Bronchorſt. *1. miſcell. 47.* Donell. *9. com 21.* Mart. Schickart. *diſput ad Inſt. 5. th. 10. in reſolut. quæſt.* Ant. Matthæ. *diſput. Inſt. 6. th. 13.* Alii definiunt per ſervitutem, tanquàm proximũ genus. Sed Juris noſtri conditores, non ita ſuperſtitioſi fuerunt in logicis definitionibus concinnandis: contenti ſi res, de quâ agitur, utcunque intelligatur. Et ſemper abhorrui ego, ab illorum obſcurâ diligentiâ, qui novas dùm definitiones & diviſiones excogitant, plerumque negligunt rem ipſã, aut ſatis ſicco pede eam prætergrediuntur. Verùm *ius in reb. alienis,* nil aliud quàm ſervitus eſt: Ac quoque per illam voculam *rebus,* ſervitutes prædiales excluduntur: in quibus non utimur re, ſed ſervitute, itinere, viâ. &c. Vult *in princ. Inſt. h. n. 12.* Verba *utendi fruendi,* hominem reſpiciunt ſeu perſonam: unde uſusfructus perſonalis ſervit⁹ nominatur. Duplici hoc verbo utitur JC. utimur hic re alienâ, uſu ad quem naturâ res paratæ. Fruimur, quantùm commodi exindè percipi poteſt. Addit porrò JC. *ſalvâ rerum ſubſtantia.* Eoque removetur conſumptio & transformatio in aliam ſpeciem. Ineſt namque fructui uſus, cui contrarius abuſus. *l. 5. §. 1. & 2. de uſufr. ear. rerum.* Sed item non iis faveo, qui pro ſalvâ rerum, legunt earum. Puto ſummo ſtudio rerum eſſe ſcriptum, pro ſpecierum, ut excluderentur res, quæ in ſuo genere per ſolutionem functionem recipiunt. Undè Ulpianus. *in l. 5. ff. qui pot. in pignor.* ita reſpondet: *Veluti ſi navis fuit obligata, & ad armandum eam rem, vel reficiendam ego credidero, eam rem, id eſt,* navem in ſpecie: plures hanc in rem locos citat

citat Scaliger *ad Varron. d. re ruſt. lib. 1. num. 51.* Uſus fructus earũ rerum, quæ uſu conſumuntur vel minuuntur, non eſt verus, ſed repræſentatione rerũ inducitur, & pro vero quò ad effectũ toleratur, utilitatis cauſa. Verùm definitiones JCtorum, ſemper originem ſpectant: ubi, ſi quid acceſſerit ex poſt facto, non admodum curari ſolet. Sicque etiam definitio hæc non mutata fuit, licet ſucceſſu temporis acceſſerit quaſi Uſufructus. Sic plures ſpecies donationis non conſtituuntur, quàm donatio inter vivos & mortis causâ: licet etiam legatum definiatur donatio quædam. Ajunt etiam nonnulli, definitionem hanc latiorem eſſe ſuo definito: competere namque Emphyteuſi, feudo, item marito in re dotali. Reſp. Emphyteutæ alienandi, & de re ſtatuendi, plenior eſt poteſtas. Poteſt item is frui, mutatâ ſubſtantiâ, quidvis inſtituere & extruere; in quo ſunt meliorationes. *l. 2. & 3. C. d. iure Emphyt.* Sicque Emphyteuta, quodam̃odo re propriâ utitur, & fructuarii debilius jus eſt. Quod & dicitur de Vaſallo, & marito: quorum item jus quodammodo ad dominium accedit. vid. Caſtillo. *h. cap. 4. & 5.*

3. *Uſusfructus an ſit dominii pars.*

Ususfructus non dominii pars, ſed qualitas eſt: quæ tamen, quia continet omne fundi emolumentum, inde efficitur, ut obtineat inſtar partis. Propriè namque uſusfructus in jure conſiſtit, & ſic pars eſſe nequit. *l. Mavius. 66. §. fundo 6. de legat 2.* Hinc uſumfructum, fundi jus nominat Gajus. *in l. 70. §. ſi reo. 2. de fideiuſſ.* unde Ulpianus *in l. 13. §. illud. 2. de acceptilat.* reſpondet: *Si quis debeat fundum, & uſumfructum, vel viam acceptò faciat, acceptilationem non valere. Non enim has partes eſſe.* Sed tamen ſimilis eſt uſusfructus parti. Quapropter Julianus, *in l. 58. de V. O.* ſcribit: *Qui uſumfructum fundi ſtipulatur, deinde fundum; ſimilem eſſe ei, qui partem fundi ſtipulatur, deinde totum.* Simile autem non eſt idem, & verò hæc ſimilitudo conſiſtit in eo, quia fundus dari non intelligitur, ſi detrahatur uſusfructus, quâm rationem *ibid.* ſubjungit Julianus. Quod ergo Paulus JC. ait *l. 4. ff. h. t.* Uſumfructum in multis caſibus partem dominii eſſe, hoc idem eſt, ac ſi diceret, multis in caſibus partis rationem vel ſimilitudinem habere. Et cum his omnibus ritè concordat Paul. *in l. 25. d. V. S.* cùm dicit, rectè dici eum fundum

totum noſtrum eſſe, etiam cùm uſusfructus alienus eſt. Cùm uſusfructus non dominii pars, ſed ſervitutis ſit, &c. ubi partem pro ſpecie vocat. Quod & alibi Philoſophi faciunt: unde Plato *in polit.* ſcribit: quòd quicquid eſt alicujus ſpecies, ut ejuſdem quoque pars ſit, neceſſe eſſe. Fundus corpus eſt, & qui dominus corporis eſt, is non eſt qui dominus juris. *l. 13. §. 1. d. damn. infecto.* Non eſt portio, quod non facit ad ſubſtantiam, ſed ad ſubſtantiæ habitum. Sanè ſi omnes partis excutimus ſignificationes, non erit ullo modo pars dominii uſusfructus. Eſt potius pleni dominii effectus. Cùm verò interdum pars dominii nominatur, id fit: quoniam ut qui dominus eſt, is & fructus quà dominus capit; ita & qui uſufructuarius eſt, quia fructus capit, ob parem effectum, & par jus, dominus eſſe videtur. Et quoniam id tantùm facit, reliqua non poteſt, quæ dominus; ideò ex parte tantum dominus appellatur, & uſusfructus pars dominii propter paritatem ex parte effectum. Pars cauſæ pro parte effectus. Hinc apparet cur uſusfructus interdum, non omnibus in caſibus habeatur pro effectu; quia nempe non in omnibus de effectu agitur, ubi hæc quæſtio vertitur, ſed in multis. *Verbi gratia,* pro uſufructu evicto agitur de evictione; pro ſervitute evicta non agitur: *l. 15. l. pen. ff. d. evict.* quia uſusfructus pars rei, ſervitus non; ut ſcribit Odofr. *ad l. 1. eo tit.* Tamen *in lege. 25. d. V. S.* uſusfructus & ſervitus in propoſito conjunguntur. Cæterùm uſusfructus evictus, quia partem effectus ejus tollit, propter quem emptio fit, jus ſcilicet capiendorum fructuum, rectè pars rei, quando effectus hîc conſiderantur. Servitus non eſt pars, quia nihil tollit, etſi incommodiorem facere fundum poſſit, adde & pretioſum minùs. Eadem eſt ratio *l. 66. Mavius. §. pen. ff. d. leg. 2.* Contra extat exemplum, in quo uſusfructus non eſt pars, & alteri ſervituti conjungitur in *l. 13. ff. d. accept.* quia de parte, non effectu ibi agitur: nam ad verba ſtipulationis ſtrictè interponitur acceptilatio; itaque effectus pro parte non dicetur aut capietur rectè. Jungi hâc de re poſſunt tractantes. Rod. Fornerius. *2. rer. quotid. cap. 13.* Bronchorſt. *1. ἐναντιοφ. 86.* N. à Salis. *in ſicilim. ad libr. 7. ff. fol. 23.* Lyclam. *7. membran. 29.* Alb. Gentil. & Gœddæ. *ad dict. l. 25. d. V. S.*

4. Si

4 *Si cui fructus, deducto uſu ſit legatus, an inutile ſit legatum?*

ULpianus in *l. 14. §. 1. ff. d. uſu & habitat.* ita reſpondet; *Si tibi fructus; deducto uſu, legatus ſit, inutile eſſe legatum, Pompon. ſcribit.* Viciſſim idem Ulpian. ait: *in l. 5. §. 1. uſufr. quemadmodum. cav. Si uſus ſine fructu legatus erit, adempta fructûs cauſa, ſatiſdari iubet Prætor: hoc meritò; ut de ſolo uſu, non etiam de uſufructu caveatur.* Haſce leges ita ſibi contradicere eruditiſſimus Budæus exiſtimavit, ut conciliationem omnem reſpuere videantur. Sed res ita ſe habet. In uſufructu continetur uſus, ſive uſus eſt pars uſusfructus. *L. 58. d. V. O.* Quòd verò in aliis legibus habetur; apud alium poſſe uſum ſine fructu eſſe, & econtra; hoc indiget diſtinctione. Uſus ſine fructu eſſe poteſt, nempe nudus, de quo *in t. Inſtitut. & ff d. uſu & habit.* & econtra fructus ſine tali uſu eſſe poteſt, uſusfructus ſine uſu eſſe nequit. In uſufructu namque ineſt uſus. Differunt itaq; uſus, fructus, & uſusfructus, quamquam plerumque ſumatur quoque fructus pro uſufructu. Quod autem ex Pomponio in *d. l. 14. d. uſu & habit.* refert Ulpian. *legatum fructus deducto uſu, inutile eſſe,* ad id cum Theodor. Marcilio *ad §. minus autem. Inſtit. d. uſu & habit.* reſpondere licet, ſtricta ratione, & in iis rebus, quæ uſu conſumuntur, ejuſmodi legatum inutile eſſe: ex æquitate autem & in rebus cæteris, atque etiam illis, quarum abuſus eſt, ſi quid præter uſum ſupereſſe poteſt, valere legatum. Ratio patet *ex l. 42. ff. h,* videlicet, quia quod uſuario ſupererit, fructuarius habebit. Si nil ſuperſit, inutile eſt legatum, ut in iis rebus, quæ uſu conſumuntur. In quibus, ut & aliis quibuſdam v. g. in ædium uſufructu, non differt uſus ab uſufructu; ſed fructus eſt talium rerum non alius præter uſum. Conſulatur Zaſius, *in Antonom. contra Budæum.* Cujaci. *8. obſervat. cap. 9.* Gilbert. Regius. *1. ἐναντ. 11.* Lyclama. *5. eclog. 23.* In idem fere recidit quod Anton. Faber ſcribit. *1. coniectur. 20. ad fin.* cùm ait: Quemadmodum actus ſine itinere nunquam eſſe poteſt; poteſt tamen eſſe, ſine ſervitute uſus, ita fructus ſine uſu eſſe nequit, poteſt tamen eſſe ſine ſervitute uſus.

5. *An vulgata diviſio uſusfructus, in cauſalem & formalem tolerari poſſit?*

NEoterici (qui juriſprudentiam noſtram quæ tota practica eſt, & non in ſubtilibus ſpeculationibus; ſed in uſu conſiſtit, & ſemper reſpectum ad uſum habere debet, obſcurârunt magis & difficiliorem reddiderunt quam illuſtrarunt) Multas traditiones vetuſtiorum interpretum juris rejecerunt. Inter quas etiam eſt hæc diviſio uſusfructus, quam facilioris doctrinæ & diſtinctionis adhibendæ cauſa, fecerunt noſtri Dd. Cauſalem verò uſumfructum vocant, qui junctus eſt proprietati, quemque dominus in re propria habet. Dicitur autem cauſalis, quia tanquam effectus, ex cauſa dominii & proprietatis, profluit, nec à ſuâ causâ diſtinctus vel ſeparatus exiſtit. Formalem dicunt, qui per ſe formam & ſubſiſtentiam habet, ſeu per ſe jus eſt formatum, nec cum proprietate aliquid commune habet, ſed ab eadem eſt ſeparatus. Et ita uſusfructus in genere ſumitur: cujus illa ſpecies (quæ formalis indigitatur) ſervitus eſt illa perſonalis, de quâ hic tractatur. Naſutuli logici, licet multa hîc carpant, & putent illum uſumfructum, qui junctus proprietati, non rectè uſumfructum dici. Et tamen in jure noſtro, ſæpè in eo, apud quem eſt fundus pleno jure, etiam uſusfructus conſideratur, & fundus dari non intelligitur, ſi uſusfructus detrahatur, & fundus & uſusfructus de per ſe, ut pars rei reputantur. *l. 58. d. V. O. l. 4. ff. h.* Sic etiam in *l. ſi ita ſtipulatus. 126. §. 1. d. V. O.* ubi illa verba: *& minus eſt in eo uſufructu, quem per ſe quis promiſit:* expreſſè loquuntur de uſufructu formali. ea verò verba: *quàm in eo qui proprietatem comitatur,* reſpiciunt uſumfructum cauſalem. Pariter *in l. ſi à reo. 71. §. reo ff. d. fideiuſſor.* agitur de uſufructu cauſali, qui penes dominum eſt; & tamen uſusfructus adpellatur, ut probat Arius Pinell. *ad l. 1. C. d. bon. matern. part. 2. num. 10.* Quamvis autem Dominus licet rebus ſuis fruatur, id non faciat jure cujuſdam ſervitutis, ſive alio quocunque, quod rem adficiat, ſed jure dominii, dominiique auctoritate: adhuc tamen dici poteſt uſusfructus cauſalis, qui ab eodem dominio & proprietate, ſive illius occaſione oritur. Nec implicat contradictionem, quod quis ſit dominus unius rei, & in eâdem plenè & integrè uſumfructum conſequatur, cùm imò potiùs ex eo quod ſit dominus, talis uſusfructus proveniat. Sicque

que cauſa & effectus ſibi invicem non contradicunt, ſed potius ſe præſupponunt. Nec ſequitur etiam, ideò uſumfructum cauſalem non eſſe, quod uſusfructus definiatur in alienis rebus utendi: cùm ibi tantum definiatur uſusfructus formalis, in alienis rebus conſiſtens. Nec ideò excluditur cauſalis. Sicque diviſio hæc, quam nonnulli reprobant: Coraſ. *miſcell. 5. cap. 3.* Anton. Faber. *15. conject. cap. 8.* Leopold. Hackelman. *diſp. illuſtr. 7. theſ. 3.* Gæddæ. *ad l. 25. num. 1. d. V.S.* tolerari poteſt. Joh. de Caſtillo. *tr. d. uſufr. cap. 1. per tot.* Pacius. *3. ἐναντ. 49.* Jac. Curtius. *conject. tom. 1. lib. 2. cap. 41.* Bachov. *miſcell. diſput. cap. ult. à pr.* Mart. Schickard. *diſput. 5. theſ. 10. in reſol. quæſt.* Adde Donell. *10. com. cap. 2.* videatur & *l. 78. d. iure dot.*

6. *Uſufructuarius an naturaliter poſſideat fundum?*

CAjus *in l. 10. §. ult. d. acquir. rer. domin.* ita reſpondet: *Uſufructuarius uſucapere ſervum non poteſt: primùm, quia non poſſidet, ſed habet ius utendi fruendi: deindè quoniam ſcit ſervum alienum eſſe.* Probat hæc lex, uſufructuarium, rem in quâ habet uſufructum, non civiliter poſſidere: aliàs enim civilis poſſeſſionis commodô, nempe uſucapiendi facultate non careret. Ulpianus verò *in l. 12. in pr. d. acquir. poſſeſſ.* reſpondet: *Naturaliter videtur poſſidere, is qui uſumfructum habet.* Quod & Papiniano placet, *in l. 49. in pr. d. t.* ubi ait: *ſervum naturaliter à fructuario teneri.* Econtra dicit JC. Macer. *in l ſciendum 15 §. poſſeſſ 7. ff. qui ſatiſd. cog eum, qui tantùm uſumfructum habet poſſeſſorem non eſſe.* Quæ verba generaliter loquentia, de omni poſſeſſione ſunt intelligenda, tam civili quàm naturali, & apertiùs Ulpianus. *in l. certè. 6. §. is qui rogavit. 2. de precar. Et fructuarius*, inquit, *& colonus, ſunt in prædio, & tamen non poſſident.* Verum rem ita comparatam eſſe puto. Fructuarius non poſſidet civiliter fundum, ſed quaſi poſſidet civiliter, ipſum uſumfructum, ſeu jus utendi fruendi. Quamobrem interdictum de vi, & uſufructuario competere Ulpianus ſancit *in l. 3. §. ult. d. vi & vi arm.* utpote quod ipſe dejectus à fundo, turbatur in jure ſuo. Et hoc eſt, quod *ſupra* ex Cajo referebam, uſufructuarium habere jus utendi fruendi, quæ verba cum effectu ſunt accipienda. Quod verò reſpondet Ulpianus *in l. 1. §. unde eſt quaſ. 8. ff. quod legator.* neque uſumfructum neque uſum poſſideri, ſed magis

Digitized by Google

magis teneri, id intelligo de verâ poſſeſſione, quæ non poteſt de juribus prædicari; cùm conſtet jura tantum quaſi poſſideri. Fundum vel rem ipſam, uſufructuarius neque civiliter, neque naturaliter poſſidet, ſed detinet tantùm. Detentio verò non eſt poſſeſſio, nec etiam naturalis. Fructuarius non ſibi, ſed domino poſſidet. Naturalis autem ſeu injuſta poſſeſſio, *h. e.* jure civili non approbata, talis eſt, cùm quis ſibi & dominii contemplatione, ſed tamen illegitimè detinet rem, à quâ nuda detentio, ut genus à ſpecie, differt. Quamvis aliquando naturalis poſſeſſio, etiam in jure noſtro detentio vocetur: quia ſcil. naturaliter, ſeu abſque legali adprobatione poſſidens, ratione effectuum juris, pro nudo detentatore habetur. Videatur Cujac. *lib. 9. obſ. cap. 33. & lib. 18. cap. 24.* Fachinæ. *8. controv. cap. 18.*

7. *Uſufructuario an pro vindicandis ſervitutibus, fundo fructuario debitis, actio confeſſoria competat?*

JCCti noſtri, itidem & hâc de re diverſimodè loqui videntur. Ulpianus. *in l. unic. §. Juliano. 4. ff d. remiſſionibus.* ait: *Juliano placere, fructuario vindicandarum ſervitutum ius eſſe, ex eoque opus novum nuntiare poſſe vicino.* Idem Ulpianus *alibi*, nimirum *in l. 1. in pr. ff. ſi uſusfr. petatur.* planè aliter reſpondet. *Si fundo fructuario ſervitus debeatur, ſervitutem quidem eum vindicare non poſſe, verùm uſumfructum vendicaturum, ac per hoc vicinum, ſi non patiatur eum ire, & agere, teneri ei, quaſi non patiatur uti frui,* quod idem ille ſcribit *in l. uti frui. 5. §. utrum. 1. d. t.* Accurſius hanc difficultatem ita tollit: ut directam actionem pro ſervitute uſufructuarius intendere non poſſit, utilem verò proponere queat. Sed hæc reſponſio ſubſiſtere nequit, cùm *in d. l. 1. ut & in d. l. 5.* non utilis vindicatio, ſed aliud planè remedium proponatur, quod uſufructuarius intendere poſſit, ſi ei ſervitus fundi, in quo uſumfructum habet, denegatur. Aliam adhuc ſolutionem idem Accurſius proponit: vindicationem ſervitus, fructuario principaliter non competere, in conſequentiam tamen eam illi dari. Sed nec hæc ſolutio locum tueri poſſe videtur. Etenim ſi hoc eſſet, Ulpianus *id in d. l. 1.* non omiſiſſet. Reſtat ergo ut confugiamus ad Coraſii ſolutionem, quam proponit, *in l. ei qui. ff. d. ſervit.* quod nempe fructuarius ſuo nomine nequeat vindicare ſervitu-

vitutem. Nam uſufructuario ſervitus competere nequit: quippe nam, haut eſt ſervitus ſervitutis, & cùm nec ſervitutis jus uſufructuario adſcribi queat, non poterit eidem actio dari. Nam denegatâ causâ, etiam non admittitur effectus. Quod vero Ulpianus *in d. l. un. d. remiſſ.* reſpondet, jus eſſe uſufructuario vindicandarum ſervitutum; hoc eſt intelligendum, ſi id nomine proprietatis domini, intentare velit. Hæcque ſolutio magnum exinde capit fundamentum; quia Ulpianus *in d. l. 1.* jus vindicandi ſervitutem, juri nuntiandi opus novum æquiparare videtur. At verò conſtat ex *l. 1 in fin. ff. d. oper. nov. nunt.* uſufructuarium opus novum nuntiare ſuo nomine non poſſe. Vaud. *1. quæſt. 53. in fin* aut vindicare uſumfructum ab eo, qui opus novum faciat. Videtur Ergo uſufructuarium quaſi procuratorem eſſe in rem ſuam, & legis vigore habere mandatum. vid. Broneh. *1. ἐναντ. 90.*

8. *An fructuarius ædificium in fundo ponere, vel faciem ſoli mutare poſſit?*

SCribit Ulpianus *in l. ſi cui. 13. §. ſi tamen. d. uſufr. Uſufructuarium non poſiturum in fundo ædificium, niſi quod ad fructum percipiendum neceſſarium ſit.* Ait autem Neratius *in l. uſufructuarius. 61. ff. eod. ædificium inchoatum, fructuarium conſummare non poſſe, etiamſi eo loco aliter nequeat uti:* cùm tamen ipſe *in l. 44. d. t.* faciliùs tueri quod accepit, quàm aliud novum facere permittat. Verum utcunque hi textus ſeſe invicem tollere videantur, non eſt tamen hîc ulla difficultas. Poteſt quidem ex ſententia Ulpiani, fructuarius, ſi aliter fructus percipere non poſſit, ædificium vel in fundo ponere, vel inchoatum conſummare, ſi ad fructus percipiendos neceſſarium ſit. Quod ſi verò jam cœptum ædificium, tale exiſtat, ut ad fructuum perceptionem minimè pertineat, illud ut Neratio placet, perficere non poterit: quamvis eo ipſo aliter uti non poſſit. Aliud enim eſt ædificare ad fructuum perceptionem, vel conſervationem; aliud ædificium conſummare, quo niſi fuerit abſolutum, uti nequimus. Charondas. *lib. 1. veroſimil. cap. 5. num. 8.* Dn. D. Joh. Harpprecht, Collega & Præcept. meus. *ad §. 2. num. 108. & 113. Inſtit. d. uſufr.*

9. *An fructuarius jus ſuum in alium transferre poſſit?*

INterpretes noſtri communiter aſſertant, uſumfructum vendi, vel alienari non poſſe, per textus. *in §. finitur. 3. Inſtit. d. uſufr. l. ſi uſumfr. 66. ff d. iur dot. l. uſufr. 2. Cod. d. uſufr.* At verò contrariam opinionem poſt Bald. & alios, Pinelus in *l. 1. part. 3. num. 31. &c. C d. bon. matern.* amplectitur, & quod uſusfructus liberè alienari queat, tueri conatur. Nititur is auctoritate *l. cui uſusfr 67. ff. d. uſufr.* ubi Julianus inquit, cui uſusfructus legatus eſt, etiam invito hærede, eum extraneo vendere poteſt. Similis eſt textus. *in l arborib 12. §. uſufructuari⁹. 2. ff. d. t.* ubi reſpondet Ulpianus: *uſufructuarius vel ipſe frui eâ re, vel locare, vel vendere, vel alii fruendam concedere poteſt. Nam & qui locat utitur, & qui vendit. Sed etſi alii precariò concedat, vel donet, puto eum uti, atque ideò retineri uſumfructum.* Qui autem communem opinionem tuentur, intelligunt prædictas leges de venditione commoditatis, quam uſufructuarius alienare poteſt, ipſius juris verò alienationem prohibitam cenſent, per textus *ſuprà allegatos.* Hancque diſtinctionem, cùm in *l. neceſſario. § f. ff. d. peric. & com.* tum per *l. ſi uſusfr. 66. ff. d. iure dot.* roborari puto, ubi diſponitur: licet vendi, vel donari, vel cedi, jus uſusfructûs non poſſit; perceptionem tamen fructuum, & utilitatem vendere licere: ut ita jus remaneat apud vendentem, commodum vel emolumentum juris cedat emptori; & inſpiciatur vita vendentis; quod non fieret, ſi totum jus transferri poſſet: cui etiam confert text. *in l. uſufr. 57. ff ſolut. matr.* Quod autem aliquæ leges permittunt uſufructuario alienationem, eo oſtendunt plùs juris eum habere, quàm uſuario competit; qui nec vendere, nec locare, neque donare poteſt commoditatem, quam ipſe habet, nedùm jus ſuum ad alium transferre. Ad quam differentiam, quæ hac in parte inter uſufructuarium & uſuarium eſt, etiam reſpicere videtur text. *in pr. & in §. 1. Inſt. d. uſu & habit.* ubi de uſuario ita ſancitur: *neque ulli alii ius quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere poteſt, cùm is qui uſumfructum habet, hæc omnia facere poſſit.* Ideò ergò dicitur, uſufructuarium alienare poſſe, ut oſtendatur, plus eum juris habere, quàm qui ſervitutem aliam habet, qui hæc facere nequit. *l. locare. 44. ff. locat.* Ad horum ergò differentiã, uſufructuarius

ven-

vendere, locare & donare poteſt; ita tamen, ut vita illius, qui alienat, non accipientis inſpiciatur. *l. fundũ mihi. 7. ff. d. act. empt. l. communi. 7. §. cùm de uſufr. 10. ff com. divid.* Ipſum itaque jus merè perſonale, non in alium transferri poteſt. Et hoc ſentit text. *in §. finitur. Inſtit. h. t.* qui loquitur de ceſſione ipſius uſusfructus ſeu juris, quod perſonæ inhæret, idque ita transferre prohibet, cùm nimirum quaſi alium uſufructuarium efficere velimus. Cùm autem commoditas alienatur, uſufructuarius uſum magis vendit, quàm uſumfructum. Quod tamen ita eſt intelligendum, quaſi verum uſum, quatenus eſt ſpecies uſufructui contradiſtincta, hac ratione ab uſufructuario conſtituatur, quia morte uſufructuarii finitur, & reſoluto jure dantis, etiam jus accipientis finitur. Sed eſt uſus facti, *id eſt*, commoditas, quam ad alium transferre poteſt, quamque uſum adpellare non inconveniens videtur. Dicere itaque licet, uſufructuarium non alienare, & alienare poſſe. Non poteſt alienare, ut dominus proprietatis, ſed poteſt eo modo, quo uſuario non eſt conceſſum. Caſtillo. *d. uſufr. cap. 69. num. 6. & 14.* Caſpar. Schiffordegher. *lib. 1. tract. 12.* Sarmient. *3. ſelect. cap. 9.* Donell. *10. com. cap 8.* Dn. Collega. D. Harpprecht. *ad §. 1. Inſt. d. uſufr.* Lyclama. *7. membr. eclog. 29.* Monterus à Cueva. *deciſ. 46.* Bronchorſt. *antinom. 1. art 91.* Ant. Matthæ. *Inſtit. d. uſufruct. ad §. finitur & in t. d. uſu & habit. ad §. 1.* Bachov. *d. c. fin. fol. 193.* Andr. Gerhard. *diſputat. 5. theſ. 7.* Schickart. *diſput. Inſtit. 5. theſ. 10. in reſol. quaſt. Uſufructuarius* autem, *an conſtituere poſſit reditum, ſuper re, cuius habet uſumfructum*, decidit Maſtrillus. *1. deciſ. 92.*

10. *An cogatur uſufructuarius, qui fructuum perceptionem locare vult proprietarium aliis omnibus præferre?*

SI commoditatem ſuam locare uſufructuarius alteri velit, præferendum omnibus aliis, etiam uſufructuarii cognato, proprietarium ajunt. videatur Covarruv. *3. var. reſol. 14 num. 6.* Joh. d. Caſtill. *d. uſufr. cap. 74.* Et hâc de quæſtione Vinc. Carocius, *tractat. d. locat. grad. 3. perſ. quaſt 3. num. 37. &c.* ſcribit: verba Doctorum quorundam, quos ibidem refert, in id eſſe præciſa, & non tantum honeſtatem aut æquitatem, ſed & neceſſitatem præ

ſe ferre. Aſt hæc ſententia, non ſolùm nullo fulcitur juris textu: ſed & ſunt aliquot in jure noſtro Juſtinianeo leges, quibus ea deſtrui poteſt. Namque *in l. 13. §. 1. d. uſufr.* indiſtinctè conceditur uſufructuario facultas locandi uſumfructum, nec adſtringitur proprietario præ aliis locare. Et in *l. 74. h. t.* invito etiam proprietario uſumfructum vendi poſſe reſpondetur. Par autem ratio eſſe videtur, ſi uſufructus invito & alienationi repugnante proprietario vendatur, vel ſibi potiùs quàm alii uſumfructum vendendum aut locandum eſſe contendat. Namque ſi non poteſt alienationem prohibere: cur quæſo poterit jubere ſibi potiùs, quàm alii, ut is cedatur. Et æquitas, vel honeſtas quæ hîc à Dd. conſideratur, contra vel ſaltem præter legem urgetur, & rationi legum repugnare videtur. Ac ſi uſufructuarius cogeretur locare, vel vendere uſumfructum proprietario, ſanè hoc diſpoſitum ſpecialiter eſſet, pariter, ut in emphyteuta. *l. ult. C. d. iure emphyt.* Hic porro notandum eſt, in venditione uſusfructus non habere locum ullam ſpeciem retractus, ſive proprietario, ſive alteri is vendatur. Tiraquell. *d. retr. lign. §. 1. gloſſ 7. num. 55. &c.* Covarruv. *3. var. c. 11. num. 4.* Retractus enim regulariter in immobilibus tantum locum habet; at uſusfructus jus eſt incorporale, ideoque nec mobilibus, nec immobilibus ritè accenſetur.

Major dubitatio eſt, *An retractus, ratione communionis locum habeat in uſufructu communi vendito?* Gutierrez poſt multos alios hoc affirmat, *pract. lib 2. quæſt. 165. num. 1.* ubi probat idem in uſu communi alicujus fundi vendito, & in habitatione domus, vel alia ſervitute communi, aut alio quocunque jure vendito. Idemque procedere cenſet in actione perſonali, quæ pluribus competit ad fundum: quod mihi durum eſſe videtur, cùm ut ſupra probatum fuit, uſusfructus ſolùm in immobilius tueatur locum, & jus retrahendi tanquàm exorbitans à jure communi, ultra caſus in ſtatuto expreſſos, haut debeat extendi. Ergo multò magis non poterit proprietarius retrahere uſumfructum venditum prætextu communionis: & ſic jure partiarii retractus, ſive einer Theilloſung. Non enim inter uſufructuarium & proprietarium ulla ſocietas eſt, ullave communio. Et licet uſufructuarius habeat dominium directum rei, cujus uſusfructus venditur, aut proprietatis dominus ſit: in uſufructu tamen vendito nullam obtinet partem. Eſt enim uſufructuarii jus diſtin-

ctum

Digitized by Google

ctum à proprietate ipſa, adeò ut res diverſa aut ſeparata cenſeatur, *§. 1. Inſt. h. t. l. rectè dicimus. d. V. S.* Eàdem ratione, uſufructuarius reſpectu communionis nequit retrahere proprietatem fundi, venditam domino: quoniam licet ejus fundi obtineat uſumfructum; non tamen propriè dicitur partem rei obtinere, ut edocui *ſuprà*, & ſanè uſusfructuarius in proprietate alienata nullam partem habet, nec etiam ratione uſusfructus partem habere cenſetur.

11 *Si feudum filio fuerit datum, ejus uſusfructus non acquiritur Patri.*

QUamvis aliàs, quæcunque filius in poteſtate conſtitutus acquirit, patri acquirantur, & etiam in adventitiis habeat uſumfructum; Nihilominus id fallit eo in caſu, ſi filius vel novum, vel à matris linea acquirat feudum. Dn. collega D. Harpprecht. *ad §. 1. num. 31. Inſt. de uſufr.* Val. Guil. Forſter. *lib. 2. diſp. 8. th. 5.* Feuda enim militiæ intuitu dantur, & etiam Militiæ vocantur: ſicque naturam peculii caſtrenſis, vel quaſi caſtrenſis habent, in quo patri non competit uſusfructus. *l. 1. C. d. pecul. caſtrenſ.* Inſuper feuda non debent alii acquiri, nec eorum emolumentum ad alium pervenire, quàm ad eum, qui ſervitia præſtare tenetur: & cujus quaſi induſtriam hac in parte Dominus elegit, ipſe nempe filius Vaſallus, qui quoque, ſi uſusfructus ad Patrem perveniret, nil de feudo haberet: quia feudi commoditas ad inſtar eſt uſusfructus. Ac quamvis hac de quæſtione in jure noſtro Feudali nil diſpoſitum inveniatur, ac proinde ad juris communis diſpoſitionem, recurrendum eſſe videatur; non tamen ſequitur commoditatem feudi, quod filiusfamil. habet, ad patrem pertinere. *t. t. C. de bonis. matern* & *t. t. C. de bon. quæ liber*. Nam & id in jure feudali deciſum eſſe reputatur, quod per bonam conſequentiam exinde deduci poteſt. Nec adſtipulari poſſum Fachinæo, qui. *7. cap. 77.* diſtinctionis fœdere hæc conciliare conatur. Ait enim, ſi Feudum à Principe filiofam. ſit datum, patrem ab uſufructu arceri. *l. cùm multa. C. de bonis, quæ lib* Item, ſi Feudum ex Caſtrenſi, vel quaſi caſtrenſi peculio procedit: per *ſupra. d. l. 1. C. de pecul. caſtr.* & *l. cùm oportet. C. de bon. quæ liber.* In cæteris caſibus neſcire ſe ait, quomodo ſententia communis defendi poſſit. Tandemque concludit, non acquiri uſumfructum Feudi

Dddd 3 patri,

patri, ſi non commodè vaſallus domino inſervire poſſit; ejuſmodi uſusfructus commoditate carens. Sed adhuc urget ratio pro ſententia communi allata, quod nempe feudum, & ita ejuſdem commoditas eſt aliquid ſingulare, aliquid perſonale, quod ſtrictè adhæret perſonæ. Quodque ex juris præſumptione ita perſonæ dari videtur, ut id habeat vaſallus. Nunc autem nemo negat ita dari, legarivé alicui poſſe rem quandam, ut uſusfructus non patri acquiratur,

12. *An uſusfructus earum rerum, quæ uſu conſumuntur, etiam inter vivos conſtitui poſſe.*

USusfructus in iis rebus, quæ uſu conſumuntur, propriè non conſtitui poteſt: nam hæ res neque naturali, neque civili ratione recipiunt uſumfructum. Namque ipſo uſu, aſſiduaque permutatione, quodammodo extinguuntur. Sed tamen utilitatis causâ cenſuit Senatus, poſſe etiam earum rerum conſtitui uſumfructum; ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. *§. conſtituitur. Inſt. h.* At verò, quia paſſim mentio fit legati uſusfructus earum rerum, quæ uſu conſumuntur, inde Connan. *4. com. 4. n. 2.* ſuſpicatur, SC. inductum legatorum causâ, non etiam contractuum inter vivos, præſertim, cùm à mutuo nihil differe videatur uſusfructus, inter vivos conſtitutus iis in rebus, quæ uſu conſumuntur. Interim tamen reperitur conſtitui earum rerum uſumfructum. Verbum autem conſtitui generale eſt, quod minimè debet ad legatum reſtringi, identitate rationis reluctante. Et verbum legati, exempli loco adduci videtur. Differentia autem inter hunc uſumfructum & mutuum perſpicua eſt: mutuum quocunque tempore repeti poteſt; at æſtimatio rei fructuariæ, non niſi fructuario mortuo, aut capite minuto. Addatur Ant. Matthæ. *ad §. conſtituitur. Inſtit. de uſufr.*

13. *An veſtimentorum ſit quaſi uſusfructus?*

QUaſi uſusfructus, non verus, in rebus mobilibus conſiſtit: ſed non omnibus. Quædam enim admittunt uſumfructum naturalem. Quaſi uſusfructus eſt in iis, quæ uſu conſumuntur, quorum uſus eſt in abuſu: quod eſt contra ſubſtantiam uſusfructus. Tales res ſunt edulia, vinum, oleum, frumentum, medicamenta. *l. 7. & l. penult. de uſufr. ear. rer. quæ uſu conſum.* Quaſi item uſusfru-

fructus eſt in rebus quarum uſus conſiſtit in rebus aliis conficiendis. *d. l. pen.* Pecuniæ numeratæ corpora quamvis maneant, attamen reſpectu utentis ea perit. *§. 2. Inſtit. h.* At *quid dicendum eſt de veſtimentis?* Fachinæ. *8. cap. 41.* in iis putat quaſi uſumfructum non conſtitui, ſed verum. Diſtinguit enim inter res, quæ uſu conſumuntur, & inter eas, quæ uſu minuuntur: ut veſtes, vaſa, *l. 9. §. ult. l. ult. uſufr. quemadmodum cav.* Has poſteriores, finito uſufructu reſtitui ait, uti inveniuntur, nullâ habitâ ratione æſtimationis, quales fuerint tempore traditionis. Sed repugnat *d. §. 2.* ubi expreſſè mentio fit veſtimentorum, eaque iis rebus accenſet Juſtinianus, quæ quaſi uſumfructum admittunt. Ergo Ant. Matthæus, *in comm. ibid.* ad Legiſlatoriam confugit cenſuram, & Tribonianum. *ibid.* veſtimenta temerario auſu inſeruiſſe putat. Sed quæ temeritas eſt, ſi non hæc eſt. Aliam ſolutionem, Joh. del Caſtillo. *h. cap. 51. num. 8.* aliam Mar. Myclam. *5. membr. ecl. 24. & ult.* adducunt. Sed mihi probabilior eſt diſtinctio Hotomanni. *ad d. §. 2. Inſtit. de uſufr.* qui diſtinguit inter veſtimenta, quotidiana, quorum quaſi uſusfructus, & inter lugubria, ſcenica ac ſimilia; quorum perrarus eſt uſus, quæque tempore potius, quàm uſu conſumuntur: illorum enim verus videtur eſſe uſusfructus. Videatur Donellus. *10. comment. 4.* ubi Hilliger. *ſub lit. O.* Hacque fiet ratione, ut veſtium quotidianarum uſufructu legato, caveri debeat de reſtitutione veſtium eâdem bonitate, vel pretii illarum factâ æſtimatione. Neque ſic nulla omninò utilitas eſt hujus uſusfructus, ſed aliqua, in interuſurio medii temporis. Hæcque opinio etiam ab Arumæo. *exerc. 5. th. 18.* adprobatur, & ita quoque judicatum refert Theſſaur. *deciſ. 80.* Ac firmatur eâ collatione. *l. 7. ff. de uſufr. earum rerum. l. 15. §. 5. ff. h. l. 9. §. penult. uſufr. quemadmodum caveat.*

14. *An quaſi uſusfructus ſine cautione ſubſiſtere poſſit?*

TAlem uſum fructum abſque cautione conſtitui non poſſe puto: quia uſusfructus, tanquam accidens, ſine ſubjecto vel vero, ut ſunt corpora, vel ficto, ut eſt cautio, conſtitui nequit. Et quia jure publico, hæc cautio introducta, privatorum voluntate mutari nequit. Per rerum naturam uſusfructus earum rerum, quæ uſu abſumuntur, eſſe non poteſt: ſed tamen fingitur aliquis

aliquis uſus fructus ejuſmodi rerum, utilitatis cauſá; jus autem non fingit aliquid præter rationem. At præter rationem eſſet, fingere aliquid quod planè non eſt: hoc ergò ne fieret, cautio eſt introducta, quæ ſuccedat loco rei. Et differt ab eâ cautione, quàm præſtare cogitur uſufructuarius verus. Sicque ea de ſubſtantia hujus juris eſt. Quod innuit. §. *conſtituitur. 2. Inſt. h. ff* ubi ait Imp. *Utilitatis causa Senatus cenſuit, poſſe etiam earum rerum uſum fructum conſtitui; ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur.* Idem reſpondetur. *in l. 2. d. uſufr. earum rerum, quæ uſu conſum.* ubi talis eſt textus, *ſed de pecuniâ rectè caveri oportet iis, à quibus eius pecuniæ uſusfructus legatus erit.* vid. Ulpian. *in fragment. tit. 24. §. 25.* Lyclam. *7. membr. 29.* Andr. Gerhar. *diſp. 5. th. 6.* Gail. *2. obſ. 46. num. 2.* Donell. *com 10. cap. 4.* addatur etiam Dn. præcept. Harppr. *ad § 2. n. 15. Inſt. d. uſufr.* Nec obſtat quod in contrarium dici ſolet: & à Fachinæo refertur. *8. cap. 43.* ut & Giphan. *in com. ad d. § 2. Inſt d. uſufr* quemlibet renunciare poſſe iis, quæ in favorem ſuum introducta ſunt: poſſe ideoque heredem, fructuarii ſequi fidé, eique pecunias utendas & reliqua, quæ uſu conſumuntur, permittere, ac tradere abſque cautione, finitoque uſufructu ipſam quantitatem condicere. Verùm jam ex antedictis patet, non in favorem partis, ſed ex juris ratione hanc introductum eſſe cautionem: non ut dominus eò ſecurior ſit, ſed ut aliquam probabilem habeat rationẽ hicce contra naturam quaſi introductus uſusfructus. Ex quibus ſequitur, ſi cui legatus ſi 1000. florenorũ uſusfructus, tunc nec heredem poſſe remittere cautionem; Vultei *ad §. 2. Inſt. d uſufr. n. 6.* perperam diſſentiente Bronchorſt. *1. ἐναντιοφ. 19.* Multò minùs verò Teſtatorem. Gail. *2. obſ. 145.* Donell. *10. com. c 14* Fachinæ. *8. controv. 42.* Bronchorſt. *dict. loc.* Et quidem de teſtatore res eſt expedita. per *l. 1. & 4. C. d. uſufr.* ubi ſancitur, non poſſe Teſtatorem, qui legavit alicui omnium ſuorum bonorum uſumfructum, remittere legatario hancce cautionem in præjudicium heredis. Idque duplicem propter rationem eſt introductum: tùm quia remiſſio cautiònis invitat fructuarium ad delinquendum: puta ad abutendum re fructuariâ, & pro lubidine in eâ graſſandum: tùm quia, ut dixi, hæc cautio eſt de ſubſtantiâ uſusfructus. His graviter reſiſtit *l. 5. §. 1. d. uſufr. ear. rer. quæ uſu conſumuntur.* ubi ita reſpondet Ulp. *Si pecunia ſit uſusfructus legatus, vel aliarum rerum, quæ in abuſu conſiſtunt; ne*

cautio

*cautio interveniat: videndum finito uſufructu an pecunia quæ data ſit,
vel cæteræ res, quæ in abſumptione ſunt, condici poſſint. Sed ſiquidem ad-
huc conſtante uſufructu cautionem quis velit condicere, dici poteſt, e-
miſſam cautionem poſſe condici incerti condictione: ſed ſi finito uſufru-
ctu, ipſam quantitatem poſſe condici.* Ex hâc L. concludi poſſe vide-
tur, licere ita legare, ut quis pecuniæ habeat uſumfructum abſque
cautione. Non enim ibi pronuntiat Ulpianus, uſumfructum pro-
pter hanc cautionis remiſſionem invalidam eſſe. Verùm ſcire de-
bemus, talem hujus legis eſſe caſum. *Teſtator legavit pecuniæ uſum-
fructum abſque cautione, heres pecuniam legatario debet.* Quæritur
nunc, *an illa pecunia ſit amiſſa.* Reſp. JC. per diſtinctionem. Ni-
mirum ſi heres velit condicere pecuniam, non finito uſufructu, id
non poſſe: habet enim legatarius promptam exceptionem ex te-
ſtamento. Et tamen nihilominùs JC. contra teſtatoris volunta-
tem concedit condictionem cautionis. Ex quo videre licet, te-
ſtatorem cautionem remittere non poſſe. Sin autem heres ex-
ſpectat, uſque dùm finitus fuerit uſusfructus, tum pecuniam ip-
ſam condicere poteſt, non quaſi abſque cautione conſtiterit vel
conſtitui poſſit talis uſusfructus: ſed quia iniquum videtur, pe-
cuniam ex eo perire heredi, vel donatam cenſeri, quod cautio-
nem omiſit. Ergò heres, quamvis ſemel remiſerit cautionem: ta-
men poteſt eam petere, uſufructu nondum finito. Et hic eſt uſus
hujus quæſtionis. Verùm *ſi uſusfructuarius nequeat cavere?* Dd.
noſtri putant ſufficere juratoriam cautionem, quæ in defectum fi-
dejuſſoriæ cautionis ſit recipienda. Id tamen Vultei. *§. 2. in Inſt.
h.* non admittit in uſufructu earum rerum, quæ uſu conſumun-
tur. Et Juſtinianus *in illo* §. cautionem utilem requirit: utiliter
autem non cavetur, niſi ſatiſdatò. Cujac. *9. obſerv. cap. 5.* Satiſ-
datò autem cavere nunquam dicitur ille, qui juratoriam præſtat
cautionem; ſed tantùm ille, qui datis fidejuſſoribus cavet: Eſt-
que hæc cautio prætoria, ſicque fidejuſſoribus fieri debet. *l. 13.
in pr. d. uſufr. l. 4. C. eod. l. 7. ff. uſufr. quemadmod. cave.* Gœddæ. *d.
ſtipul. cap. 5. concl. 19. n. 287. &c.* Bronchorſt. *1. miſcell. 50.* Verùm
hæc ab uſu receſſerunt, & pignora admittuntur. Quemadmo-
dum etiam in jure noſtro, ſatisdatio quandoque, ad cautionem
porrigitur, quæ pignoribus fit. *l. 1. qui ſatiſd. cog.*

15. De uſufructu civitati relicto.

CIvitati relictus uſusfructus, centum annos durat, ut reſpon-

 det

det Gajus. *in l. 56 ff de uſufr.* idque hanc propter rationem eſt introductum, quia eſſentiæ uſusfructus contradicere videtur, ut perpetuus ſit: tranſit enim tunc in aliud genus, & fit emphyteuſis. Ideoque ne proprietas ſemper uſufructuario inutilis ſit, & etiam ne uſusfructus civitati vel municipio relictus, pro non ſcripto habeatur, utiliter eſt introductum, ut valeat talis uſusfructus; ſed non interitu demùm municipii, quod forſan poſt mille annos haud fiet, ſed longiſſimo vitæ humanæ ſpatio finiatur. *l. 8. de uſu & uſufruct. per legat. datis.* Idque etiam ad collegia, Eccleſias, &c. extendo, quæ quoque non facilè moriuntur. Nec obſtat reſponſum Macri JC. *in l. 68. §. pen. ad l. Falcid.* (ubi videndus Gothofred.) qui ait in Falcidiæ ineundâ ratione, ſi Reipublicæ uſusfructus ſit legatus, non amplius quàm triginta annorum computationem iniri. Sed dico aliud eſſe in eo caſu, ubi de falcidia quæritur. Cùm municipio uſusfructus eſt legatus, regulariter is 100. demum præterlapſis annis finitur, ut & cùm cui alimenta ſunt relicta, ea regulariter debentur uſque dum legatarius moriatur: Sed cùm amplius ſit legatum, quàm ei capere liceat, ſicque Falcidiana detractio ejuſque ratio ineunda, placuit aliam computationem & quidem ex æquitate iniri, idq; ne contra voluntatem teſtatoris Falcidia nimis minuat legatum, vel etiam legatum exhauriat hereditatem: videatur Cujac. *d. præſcr. c. pen. & ad Novell. 7.* Eſt porrò caſus ubi legatus civitati uſusfructus extinguitur etiam ante 100. annos: putà cùm vel privilegia amittit vel interit, & ut loquuntur noſtri JCC. aratrum ea cogitur pati: nam tunc quaſi morte deſinit habere uſumfructum. *l. 21. ff. quib. mod. uſusfruct. amitt.* Etenim in urbe condenda aratrum adhiberi, veteribus conſuetum fuit, idem etiam in evertendis adhibebatur. Gothofr. *ad d. l. 21. & in ſemeſtrib.* Petr. Faber. Sed ſi ita intereat civitas, ut non ſimul privilegia amittat, putà ſi hoſtium incurſione, chaſmate, incendiô deſtruatur, & ita ſimul maneant jura civitatis ſalva (non enim in mœniis aut ædificiis conſiſtit civitas, ut *in Politicis* doceo) tunc etiam uſusfructus non ceſſat: ut itidem politica mea hoc tractabunt. Sed quæritur: Quid, *ſi annuum legatum civitati ſit ſcriptum: ut municipio annuatim 100. flor. præſtentur. An* & id eo ſpatio finiatur, num verò *perpetuum & ſempiternum exiſtat?* Communiter hoc dicunt. Didac. Covarruv. *3. variar. cap. 10. num. 10.* perperam diſſentien-

tiente Gothofred. *ad l. 8. de uſu & uſufr. legat.* Namque annuum legatum, non cenſetur uſusfructus, ſed ad naturam cenſualis contractus accedit, ideoque à diverſis illatio fieri non debet. Non impedit. *l. 20. ff. de uſufr.* ubi Ulpianus ait: Si quis ita legaverit, *fructus annuos fundi Corneliani Caio Mævio do lego &c.* perinde accipi debere hunc ſermonem, ac ſi uſusfructus fundi legatus eſſet. Ex quibus ſequi videtur, non eſſe differentiam inter annuum legatum & uſumfructum. Verùm Ulpianus non ibi loquitur de annua certæ ſummæ vel rei præſtatione, ſed de annuis fructibus fundi, *id eſt*, quicquid ex fundo fuerit natum, quod ab annua præſtatione diverſum eſt, & cenſûs magis quàm uſusfructûs naturam ſapit.

16. *Finito uſufructu, annè ex pendentibus fructibus uſufructuario aliquid debeatur.*

OMnium unanimis & concors opinio eſt, (vel invito Cujacio, qui ferè ſolus diſſentit. *4. Feudor. tit. 30.*) tempore finiti, vel amiſſi uſusfructus, ex fructibus pendentibus fructuario nil deberi. per *l. 58. de uſufr.* Donell. *10. com. 9.* Joh. Robert. *2. animadv. 10.* Hart. Piſtor. *lib. 1. quæſt. 24. num. 20.* Dn. Præcept. Harppr. *ad §. 2. num. 83. Inſtit. de uſufr.* Andr. Gerhardi. *diſp. 5. th. ult.* Dn. Bachovius. *c. ult. ad fin. diſput. miſcell.* Quod enim de diviſione fructuum, inter maritum & uxorem, ſoluto matrimonio facienda dicitur; id & ad fructuarii heredes, & ipſum proprietarium, referri non debet. Cùm illiuſmodi diviſiones, ſingulari jure inter maritum & uxorem, & etiam ſpecialem ob rationem fiant: nempe quod dotis fructus, matrimonii oneribus ſuſtinendis, lex voluerit ſubſervire. *l ſi pater. 44. de iure dot.* Quapropter ſi fructibus maturis, nondum tamen iis perceptis decedat, heredi ſuo illos non relinquere, nominatim dixit Gajus. *in l. 8. de annuis legat.* Non obſtat *lex ſi operas. 33. ff. de uſufr.* Haud enim ea loquitur de fructibus, qui proveniunt naturâ; Verùm de mercedibus, qui ſervi fructuarii operarum locatarum ratione debentur. arg. *l. minus. 62. ff. d. rei vind.* quibus non poteſt accommodari ratio perceptionum, quæ ſeparatione à ſolo factâ, actu fiunt. arg. *l. 13. ff. quib. mod. uſufr. amittit. l. 48. de acquir. rer. domin.* inibi enim pro rata temporis computatio fit, Gail. *2. obſ. cap. 10.* & quolibet die aliquid cedit; non demum ultimo die anni. Aliud in fructibus

veris eſt quos demùm ſuos dicere fructuarius poteſt, cùm fuerint à fundo alienati: & in iis ante perceptionem jus nullum habet. arg. *l. 36. §. 1. ad l. Aquil.* cùm ipſius morte jus omne extinguatur. *§. fin. Inſt. d. uſufr.* Unde etiam *in l. 12.* alias. *13. §. ſi fur. 5. d. uſufruct. l. 13. quib. mod. uſufr. amittit. l. 25. §. 1. l. 28. d. uſur.* actus percipiendi anxiè deſideratur, adeò ut ab ipſo fructuario fieri debeat *l. 25. l. 48. de acquir. rer. domin.* qui ubi deeſt, etiam ipſum jus deeſſe videtur. Unde ſi fur deſecuerit fructus, condictio furtiva, quæ ſoli domino datur: *l. 1. d. condict. furtiv.* ſoli proprietario competit. *d. §. ſi fur.* Sanè uſufructuarius facit fructus ſuos, ratione tituli & juris quod ipſe habet. Cæterùm ſi fructibus pendentibus moriatur, minimè transſmittet eos ad heredes, nec poſſunt etiam heredes, in illis prætendere quicquam juris: quoniam titulus prædictus, qui perſonæ uſufructuarii cohæret, extinctus fuit ejuſdem fructuarii morte, deficitque titulus, qui ad perceptionem fructuum ſufficiens erat. Et tamen nihilominus hoc in caſu, expenſas factas, gratiâ fructuum percipiendorum, repetere queunt heredes, vulgò das Pflugrecht nominamus, Caſtillo. *c. 77.* ac ſubindè fructus quoque retinere, quouſque ſolvantur. Nam generaliter traditum eſt, in expenſis, quæ fiunt gratiâ fructuum colligendorum, quemlibet poſſeſſorem impenſas haſce deducere poſſe, ac etiam pro illis rem retinere *l. fundus. 51. ff. fam. erciſc. l. filius. 58. in fin. §. d. petit. hered. Mulier uſufructuaria, fructus nondum perceptos ad quem tranſmittat?* deciditur *in conſ. Altorff. 15.* Porro *uſufructu omnium bonorum relicto, quis legata ſolvat?* vid. Daſſell. *conſ. 37. Et uſufructuariusnè, an proprietarius ad onera hereditaria teneatur?* conſule Maſtrill. *1. deciſ. 3.*

C I N N U S

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro VIII. Pandectarum. De ſervitutibus realibus agente.

1. An ſervitutes reales ſine prædiis conſtitui queant?

Ulpianus *l. 1. ff. comm. prædior.* reſpondet: ſervitutes prædiorum

diorum ideò dici, quoniam ſine prædiis conſtitui non poſſunt; & quoniam nemo poſſit adquirere ſervitutem, vel urbani vel ruſtici prædii, niſi qui habeat prædium: quod & placet Juſtiniano. *in §. ideò 3. Inſt. d. ſervit. ruſt. prædior. fac. l. 129. §. cum principalis. & l. 178 d. R. Iur.* Vultei. Weſembec. Heigi. *ad §. 3. Inſt. d. ſervit.* Bronchorſt. *1 ἐναντιοφ. 96.* Lyclama. *7. membr. 43. fol. 402* Emund. Merill. *1 obſerv. cap. 32.* Obſtat huic enuntiato. *l. 23 §. 1. d. ſerv. urb. prædior.* ubi reſpondet J C. *Futuro quoque ædificio, quod nondum eſt, vel imponi, vel adquiri ſervitus poteſt.* Verùm tùm areæ ſervitus adquiri vel imponi videtur: nam & diruto vel concremato ædificio ſervitus manet, & areæ inhæret: quæ etiam prædium eſt. Eſt etiam reſponſum Africani, *in l. 46. §. 1. d. evict.* quod obſtare videtur: ubi ſi per alienum fundum mihi viam conſtitueris, evictionis nomine te obligari ait. Sed hæc lex plane non decerpit regulæ comuni. Caſus enim illius §. talis fomari poteſt. *Vendidi Titio prædium unâ cum viâ per fundum alienum, Fundi dominus renuit pati ſervitutem, ego teneor de evictione.* Quod non pertinet ad propoſitum noſtrum. Hoc enim ſolùm vult: conſtitutionem viæ, quæ non datur, non eſſe omninò nullam, ac ſi rem vendidiſſem, quæ non ſit in rerum natura; ſed talem venditionem valere, eatenus ut evictio habeat locum. Huc etiam ſpectat *l. 25. §. 10. ff. fam. erciſc.* ubi habetur, viam etiam eum promittere poſſe, qui fundum non habet: hæcque promiſſio valet, ut litis æſtimationem promiſſor vel ejus heredes præſtare teneatur. Urgetur *l. 1. §. 12. d. aquâ cottidiana.* ubi dicitur: Quendam aquæ ductum non eſſe fundi, quia quocunque duci poſſit. Reſpond. quendam aquæ ductum ita conſtituere lecere, ut liceat mihi ducere quocunque locorum velim, non ad hunc vel illum fundum certum. Sed tunc ille contractus haud tribuit jus reale, nec pro ſervitute vera habetur, priuſquam in individuo, huic vel illi fundo eum aſſignem. Eſt enim ratione conſtitutionis jus perſonale. *l. Lucius. 37. de ſerv. prædior. ruſticor.* Sic & in *l. Mela. 14. §. 3. de alim. & cibar. legat.* ubi quidam libertis ſuis aquam per fideicommiſſum reliquit, valet illud legatum, non ut ſervitus, ſed ut jus perſonale. Eſtque ibi aqua pars alimentorum. Verſabatur enim libertus in ea regione, ubi aqua venalis erat. Quodque amplius urgetur *d. l. verſ. nam & hauſtus aquæ.* ibi dextræ punctationis ſubſidiô, omnem litem dirimit Donellus. *11. comm. cap. 7.* Sunt &

quædam jura, quæ perſonalia ſunt & ad hæredes tranſitoria, putà jus lapidis cædendi: quæ videntur ſpeciem habere ſervitutis prædialis, ſed ſunt perſonalia. *l. cùm ſervus. 39. §. 4. d. legat. 1.* Eſt enim talis commoditas, quæ poteſt vendi, cedi, legari perſonæ. Die Gerechtigkeit einer Steingrub in eines andern Gut oder prædio. Sanè non ſtatim, quicquid vicini prædii libertatem minuit, noſtrique prædii utilitatem promovet, ſervitutis nomine protinùs cenſeri debet. Et hoc eſt quod Paul. *in l. 8. d. ſervit.* ait: *ut pomum decerpere liceat, & ut ſpatiari & ut cœnari in alieno poſſimus, ſervitus imponi non poteſt.* Verùm nihilominus conventio hujuſmodi eſt juſta, & obligationem parit. argum. *l. 12. d. annuis legat.* Cujac. *24. obſer. cap. 22.* Guil. Forner. *2. ſelect. 28.* Dn. D. Harppr. *ad pr. Inſt. d. ſervit. num. 17. &c.* Lyclam. *7. membr. ecl. 44.* Contra Duar. *ad d. l. 8.* Hotoman. *8. obſ. cap. 20.* Dominic. Arumæ. *diſput. ad leges præcipuas. 9. theſ. 14.* Pariter facultas aliqua ducendi agendi poteſt eſſe, quæ ſervitus non ſit, ſed per actionem incerti petatur. *l. 1. ff. d. uſu & uſufr. leg.* Sic ſæpe uſuvenire ſolet, ut vel in venditione, vel diviſione quis ſibi reſervet jus aliquod in re, idque non fit jure ſervitutis, ſed pro dominii parte reputatur, ut decidit Raudens. *deciſ. Piſan. 5.* An autem *ſervitutes in patrimonio ſint?* vid. Lyclam. *ult. cap. 43.* & quod nequeant oppignorari, tradit Lyclam. *ult. cap. 45.*

2. *Servitutes prædiales habere debent perpetuam cauſam.*

NAtura, imò ſubſtantia omnium ſervitutum realium, ſeu prædialium hæc eſt, ut debeant habere perpetuam cauſam Bronchorſt. *1. ἐναντιοφ. 97.* Ita namque reſpondet Paulus *in l. foramen. 28. d. ſerv urb.* & inſuper ibi addit: ſervitutes, in quarum uſu requiritur hominis factum, perpetuam non habere cauſam. Omnia enim quæ hominum operâ fiunt, incerta atque mutabilia ſunt. Econtra quæ naturaliter fiunt, perpetuò fieri putantur, etiamſi aſſiduè non fiant. Ariſt. *1. d. demonſtr 7.* Eſt enim cauſa naturæ perpetua, & certa. Sicque ſufficit hîc talis perpetuitas cauſæ, quæ potentiâ perpetua ſit, licet non actu. Inde aqua pluvia ſeu Jovialis, ratione cauſæ efficientis perpetua eſt, etſi non continuò & abſque intermiſſione pluat. Viciſſim ſervitus non eſt, ut *in d. l. 38.* habetur, ſi promittam pati, ut vicinus aquam, proluendi ſui pavi-

pavimenti cauſa, in meam aream effundat. Sic etiam ex lacu, ſtagno, ciſternâ, aquæductus concedi nequit, ſi non habeat vivam, perennem & naturalem aquam, ſed collectitiam tantum, quæ hyeme plerunque ex imbribus cogitur & æſtate ſiccatur. *d. l. 28. l. 1. §. hoc interdict. ff. d. fonte. l. 1. §. 1. ff. d. fluminib.* Sicque *l. 1. §. caput. 8. & §. permittitur. 41. ff. d. aqua quotid ut & l. 9. d. ſerv. ruſt. prad.* ubi dicitur ſervitutem aquæductus poſſe ex lacu, & quocunque loco conſtitui, intelligendi ſunt de lacu aquæ vivæ. Cujac. *11. obſ. 3.* Notanter tamen limitatur concluſio hæc, quod & ea res ſeu ſervitus perpetuam cauſam habere videatur, ſi manum ſeu factum hominis requirat, ſi tamen ejus habendi cauſa, prædium aut pars prædii in quâ id habetur, ſit parata. Sic fumi immittendi ſervitus cauſam perpetuam habere dicitur, quia ad hunc uſum fornax vel focus deſtinatus eſt, ut aut ignem perpetuum habeat, aut ſemper ſit paratus ad habendum. *l. ſicuti. 8. §. Ariſto. 5. ff. ſi ſerv. vindic.* Idem dicendum de cloacâ, canale & cæteris ſervitutibus: quæ licet non habeant cauſam naturalem, habent tamen inſtrumentum permanens, eo fine ædificatum. Sunt & caſus ubi ſervitus valet, ex æquitate, licet perpetuam non habeat cauſam: ut eſt ea ſervitus, qua aqua per rotam tollatur vel hauriatur ex flumine, ut ex caſtello ducatur. *l. 2. ff. com. prador.* ubi Gl. & Bart. id tradunt, & etiam Cujac. firmat. *3. obſ. c. 28.*

3. Servitus debet præbere prædio, vel ejus domino utilitatem.

HOc item proprium eſt, & omnium quidem ſervitutum, ut vel perſonæ, cui acquiruntur, vel ejus prædio præbeant utilitatem: aliter ſervitus conſtitui nequit. Bronchorſt. *1. ἐναντ. 98.* Paul. Buſius. *4. ſubtil. cap. 11.* Anton. Faber. *5. coniect. 11.* Fruſtra diſſ. Coraſ. *ad rubr. ff d. ſervit. numer. 7.* & Coſtal. *ad l. 15. ff. d. ſervit.* vid. Marc. Lyclama. *2. memb. 7. ſeq.* Ita namque Pomponius reſpondet *in d. l. 15.* & exemplum adfert: *veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi conſiſtas, & ideo ſi mihi concedas, ius tibi non eſſe fundo tuo uti frui*, nihil agi dicit. Cavillatoria etenim hæc magis, quàm æquitati conveniens ſervitutis conſtitutio eſſet. Sic & in *l. 6. §. 1. d ſervit. præd. ruſtic.* ſancit Paulus, aliquas ſervitutes, de quibus ibi ſpeciatim agit, eo jure non cenſeri, niſi prædii faciant cauſam meliorem. Hocque intuitu in *l. de pupillo. 5. §. & belle. 9. d. oper. novi nunt.*

nunt. dicitur; eum qui conſtituit ſervitutem, jus ſuum diminuere, alterius augere. Sed tamen non hoc adeò ſtrictè accipi debet, ut ſervitus conſtituta, ſi noceat forte magis, quàm proſit prædio vicino, ſtatim ſervitus eſſe deſinat. Ponamus aquæductum, per tuum mihi fundum ceſſum, tantâ aquarum affluere copia, ut prædium meum, cui is conſtitutus eſt, ſæpius inundet, utilis quidem hoc caſu ſervitus non eſt, & interfuerit magis mihi domino, eam conſtitutam non habere, manet tamen ſervitus. Atque eo ſenſu accipienda eſt *l.pen.d.ſervit.* ubi Labeo reſpondet, ei fundo, quem quis vendat, ſervitutem imponi poſſe, etſi non utilis ſit; veluti, ſi aquam alicui ducere non expediret: & nihilominus conſtitui eam ſervitutem poſſe dicit. In ſervitutis igitur conſtitutione ſatis fuerit hoc agi, ut ea in utilitatem prædii dominantis cedatur, etſi eventu fortuito noceat magis, quàm proſit. Accurſ. *ad d. l. 15. d. ſervit.* ut & utilitas non præſens ſemper attenditur, ſed quandoque futura. *l. ſi infantis 55. d. uſufr.* Ac inſuper hoc eſt mente tenendum, quod utilitas non ſolùm uſum & commoditatem; ſed etiam voluptatem & amœnitatem, aliquando ſignificet. *l. ſtatua 41. d. uſufr.* ubi dicitur, ſtatuæ & imaginum uſumfructum eſſe poſſe: quia & ipſæ habent utilitatem aliquam, *id eſt,* voluptatem, quam percipimus ex adſpectu. Sicque ſervitus conſtitui poteſt, quæ licet non utiliores, amœniores tamen facit ædes dominantes.

4. *Servitus à domino prædii ſervientis impediri nequit.*

PRo regula habetur, fundi domino nil in proprio facere licere, quò ſervitus impediatur. *l. 9. in pr. ff. ſi ſerv. vindic.* Fac. *l. ſi manifeſtè. 7. in fin. l. ſi in ædibus. 9. C. d. ſervit. & aqua. l. 2. C. d. lege Aquil.* Hinc deducunt noſtri Dd. dominum prædii ſervientis, loca in quibus alteri debetur jus paſcendi, invito domino prædii dominantis, mutare & ad culturam reducere non poſſe. Quâ de quæſtione utili ſanè & jucunda, egregie tractant. Cæpolla *d. ſervit. ruſt. cap. 9. num 4.* Schneidew. *ad pr. Inſt. d ſervit. num 33. & ſ.* Hondedæ. *conſ. 84. num. 6. & 26.* Covarruv. *pr. quæſt. 37. & var. reſol. 1 cap. 17. num. 11 verſ. ſed & quoties.* Surdus. *conſ. 65. num. 13.* Modeſt. Piſtor. *conſ 7. num. 33. vol. 1.* Pantſchman. *lib. 1. quæſt 22. n. 32. & ſeqq.* Modeſt. Piſtor. *quæſt. 106.* Schæffer. *3. quæſt. 47.* Kopen.

decif.

deciſ. 15. Sanè contentio in noſtris terris frequentiſſima eſt, inter vicinos, quorum alter in alterius fundo ſervitutem habet, quid dominus fundi ſervientis in fundo ſuo facere poſſit vel non. Fit enim nonnunquam, ut fundos planè evertant, & per hæc jura ſervitutis alterius eludant. Fit interdum, ut domino parùm vel nihil in ſuo concedere intendant. Afferunt plerunque pro ſe domini ſervientium fundorum; quod fundi, tanquam rei ſuæ moderatores atque arbitri exiſtant. Abſurdum eſſe rei ſuæ nullam habere dominum utilitatem: quod fieret, ſi ſterile ſolum, ubi vicinus v. gr. jus paſcendi habet, non liceret reducere ad culturam. Et in terminis Gravett. *conſ. 292. num. 4.* concludit, & conſentit Corneus, *conſ. 188. num. 9. vol. 4* permiſſum eſſe domino agrum ſervientem reducere ad culturam. Primùm ex eo, quod ſervitus acquiſita, tàm diù manere dicatur, donec res manet in ſtatu præſenti. *l. quæro. 54. §. inter locatorẽ. 1. ff locati. l. quod Servius. 8. d. condict. ob cauſam.* Et cùm ſervitutum materia ſtricta ſit, nec recipiat extenſionem perſonarum & actuum: diverſa ſunt jus paſcendi, & prohibere, ne fundus ſerviens ad culturam redigatur. Nam jus paſcendi continet ſervitutem affirmativam, jus verò prohibendi culturam; negativam. Quæ duo differunt tam materia, quàm cauſa. Contra vero pro eo qui ſervitutem habet in alterius fundo dicitur; quod eâ liberrimè uti poſſit. *l. certo. 13 §. ſi totus. d. ſervit. ruſt. prædior. l. uti frui 5. §. fin. ſi uſusfr. pet.* Et porro clari juris eſt, dominum fundi ſervientis, ſervitutem rectè conſtitutam, deteriorẽ facere non poſſe. *l ſervitutes. 20. § ſi antea 4. d. ſerv. urb. præd. l. ſed ſi quid. 15. §. proprietatis. 6. d. uſufr.* Geil. *2. obſerv. 67. num. 5.* adeò ut non deſint, qui velint; impeditum uti ſervitute, poſſe propria auctoritate repellere impedientem. arg. *l ſcientiam. 45. §. qui cùm alit. 4. ad l. Aquil. & l. 1. C. unde vi.* Cæpoll. *d ſerv. urb. prædior. t. d. ſerv. ligni immitt. num. 10.* Inſuper magis in ſpecie expediti juris, & communis Dd. concluſio eſt, dominum fundi ſervientis, non poſſe ſuccidere arbores, vel fundum ad culturam reducere, in præjudicium habentis ſervitutem. Cæpolla. *d. ſerv. ruſt. prædior. t. d. ſerv. iuris paſc. num. 40.* Geil. *2. obſervat. 67.* adeò ut pro conſervando hoc jure actio confeſſoria, & alia juris remedia dentur. Cæpoll. *d. loco num. 43. per l. uti frui. § fin. ſi uſufruct. pet. l. quoties. l. 2. d. ſerv. l. harum. ſi ſerv. vind.* Modeſt. Piſt. *conſ. 7. num. 14. p. 1.* Deciſio quæſtionis à jure habentis ſervitutem

 pen-

pendet. Nam ſalvo ſervitutis jure, domino in fundo ſuo quævis licent. Poteſt igitur dominus fundi ſervientis, fundum non totum, ſed ex parte, ad culturam reducere; modo in illa parte ſervitus conſtituta retineatur ſalva: quæ fundi quantitas judicis arbitrio relinqui debet. De actione verò confeſſoria, ob jus paſcendi inſtituta, vid. Roſacorb. *48.* De communibus paſcuis, Da einer will Schaaff darauff ſchlagen / oder dem conſocio Schaden zufügen. vid. Meichſner. *1. deciſ. 36.* ubi multa de prærogativa Domini habet.

5. *Ei, qui ſervitutem habet, novi operis nuntiandi jus eſt.*

HAc de quæſtione, ſtrenuè inter noſtros certatum eſt. vid. Lud. Charond. *1. veroſimil. cap 5. num. 6.* Joh. Vaudum. *1. var. quaſt. 53.* Dn. Præcept. & Collegam Harppr. *ad §. 2. num. 7. & c. Inſt. d. ſervit.* Andr. Gerhardi. *diſp. 5. theſ. 5.* Lyclama. *3. cap. 11.* Facit huic rei quæſtionem Paulus: inquiens eum, qui viam habet, ſi opus novum nuntiaverit, nil eâ nuntiatione agere. *l. qui viam. 14. d. op. nov. nunt.* cùm contra apud Ulpianum ſit, jus habere eum novi operis nuntiandi, qui ſervitutem habet, *l. 1. §. ius. 3. d. remiſſ.* Ita rem enodat Vaudius. *d. loco.* ut ei, qui urbanam quidem ſervitutem habet, liberè operis novi nuntiandi, aut vindicandæ, ſibivè defendendæ ſervitutis jus poteſtaſq; ſit. *l. de pupillo. 5. §. ſed & ſi ædes. 8. §. meminiſſe. 10. & §. 9. inf. l. non ſolum. 8. in pr. l. creditor. 9. d. op. nov. nunc.* In ruſticanis, aliud quiddam juris eſſe autem dicit, nempe debere legitimâ prius actione vendicare ſervitutem, quo facto, tùm demùm opus novum poſſe nuntiare autumat. *l. ſi in eo loco. 9. in pr. ſi ſerv. vind. l. in iudicio. 47. ff. fam. erciſc.* Sicq; quod ait Paulus, eum, cui via debetur, novum opus nuntiare non poſſe, ita accipit, ut ne ab initio poſſit. Sed civili demùm actione prolata, non prohibeatur. *l. ſciendum. 19. d. op. novi nunt.* Verùm obſtat, quod dicit Paulus, *nil agit:* ſive enim nuntiandi jus quis habet, ſive non; tamen nuntiando aliquid agit: inhibetur ſc. operis executio, ut Duaren. *ad tit. d. oper. nov. nunt. præl. 6.* Robert. & Cujac. *in animadverſ.* oſtendunt. *ex l. 1. §. 1. & §. 3. d. oper. nov nunt.* Ergo indifferenter tam ob ruſticas, quàm urbanas ſervitutes, largiendam puto annuntiationem. Coraſ. *5. miſc. ult.* Triplex enim cauſa eſt operis novi nuntiationis. *l. 5. §. 9. d. oper. novi nunt.* aut

natu-

naturalis, aut publica, aut impoſititia. Impoſititia, cùm quis poſteaquam jus ſuum deminuit, alterius auxit, (quæ verba omnibus ſervitutibus conveniunt) contra ſervitutem fecit. *& in §. ſeq.* ſi in ſuo dominus quid faciat, quod nobis noceat, nuntiatio neceſſaria erit: nam in eo agro, qui itineri ſervit dominus nil facere poteſt, quo ſervitus impediatur. *l. 13. d ſerv. ruſt. prædior.* ac perinde ibi ædificare prohibetur, ac in areâ meâ. *l 9. in fin. princ. ſi ſervitus vind.* & qui ſic ædificat, ut ſervituti noceat, ei opus novum poterit nuntiari. *l. 15. d. ſervit. urb. præd.* Namque is nuntiare poteſt, qui poteſt vindicare ſervitutem. *l. 9. d. oper. nov. nunt.* Unde abſque ulla exceptione Ulpianus. *d l. un. d. remiſſ. Jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut ſervitutem habet.* Hicque textus cum generalis ſit, & generales contineat rationes, ad unam ſervitutis ſpeciem reſtringi nequit. *Ad d. l. 14.* variè reſpondetur, nec puto ullam eſſe ſufficientem. Ergo probabilis videtur correctio textus, Lego ita: *Qui viam habet, ſi opus nuntiaverit adverſus eum, qui ædificat, ſed nihil agit: ſervitutem vindicare non prohibetur.* Nihil agit: de negatâ ſcil. executione: qui caſus *in d l. 14.*

6. *An fundi partibus imponi ſervitus poſſit?*

PAulus *in l. 9. d. ſervit.* ait: *ad certam partem fundi, ſervitus tàm remitti, quàm conſtitui poteſt.* Ad certam partem hîc quod ait, intelligendum eſt de partibus fundi diviſis: Non enim conſtituitur ad certas partes indiviſas: partibus namque fundi ſervitus imponi aliter nequit, quàm ſi ex regionibus ſint diſtinctæ. Etenim ſi quis pro partibus indiviſis conſtituere velit, vel unus ex dominis indiviſæ rei communis hoc faciat, & nihil agit. *l. 2 d. ſervit.* vel totius prædii dominus unus, & partem ejus indiviſam ſervituti aſſignando, perinde agit nihil. *l. 6. §. 1. ff. com. prædior.* ſive ipſe partem eam pro indiviſo cedat, ſive retineat. vid. Paul. Buſium. *4. ſubtil cap. 10.* Bronchorſt. *1. ἐναντ. 100.* Nam qui ita ſervitutem conſtituit ſimpliciter, *ut iter, actus, v. gr. per fundum mihi tuum ſit,* fundus univerſus, & ſingulæ ejus glebæ ſervituti obnoxiæ ſunt. *l. ſi cui ſimpliciter. 9. d. ſerv. l. certo generi 13. §. 1. l. ſi mihi. 21. d. ſervitut. præd. ruſt.* Hoc tamen civiliter accipiendum eſſe, prudentes tradidere, ne jure ſuo is, cui ſervitus debetur, abutatur, ſed eat, redeat, quà quàm minimo id detrimento prædii ipſius fieri poteſt. *d. l. ſi cui. 9. d. ſervitut. l. ſed qua loca. 22. de ſervit. præd. ruſt.*

ruſt. Proinde deſignato eam in rem certo fundi loco, cæteris uti non licebit: quod uſque adeò ita eſt, ut deinceps reliquæ partes liberæ eſſe intelligantur. *l. certo genere. 13. §. 1. l. 22. de ſerv. præd. ruſt.* Atq; id rationes habet perſpicuas. Una hæc eſt, quod tametſi ſervitus ab initio univerſo fundo impoſita ſit, tamen aſſignatione loci, ejuſdem regio quaſi diviſa, ſeparataque partibus reliquis intelligi poteſt. *d. l. 13. §. 1. de ſerv. præd. ruſt.* Hoc tamen ita, niſi id actum ſit, ut per quamlibet fundi partem ſervitute liceat uti, locumque ſubinde liceat mutare. *l. nam ſatis. 61. verſ. cæterùm ſi ita. ff. quemadmodum ſervit. amitt.*

7. An ſervitus ſub conditione conſtitui poſſit?

CONſtituitur propriè ſervitus pactô & ſtipulatione, aut etiam teſtamento. *§. ult. Inſt. d. ſerv.* hîcque quædam controverſia ſubnaſcitur. Stipulatio non ſolùm purè, ſed in diem quoque vel ſub conditione fieri poteſt. *§. omnis 2. de verb. obl.* At ſervitutes tantùm purè conſtitui poſſunt. *l 4. ff. d. ſervitut.* Ergò ſervitus non conſtitui videtur ſtipulatione. Reſpondeo etiam ſervitutes conditionaliter, ex die ſcil. conſtitui poſſe. *l. 4. ff. de uſufr.* ſed ſervitutes perſonales tantùm, ut *d. l. 4 de ſervit.* Sed obſtare videtur *lex 98. ff. de verb. oblig.* quæ ait: *Quod meum eſt, ſub conditione ſtipulari poſſum. Item viam, &c.* Ergo etiam prædialis ſervitus conſtitui poteſt ſub conditione: Reſpondet Anton. Govean. *Variar. cap. 10. lib. 1.* & Goveani ore poſt alii: viam ſub conditione promitti poſſe, non alias ſervitutes. Veriùs dixeris: ipſo jure, ut loquitur *d. l. 4.* hoc eſt, ſtrictâ ratione, non poſſe conſtitui ſervitutes prædiales conditionaliter, ut quamdiu voluero, aut quoad vives: at ex æquitate, ſi adjecta conditio fuerit, valet conſtitutio, & datur exceptio pacti conventi vel doli. *l. 56. de verb. obligat.* Marcilius. *ad §. fin. Inſt. de ſervitut.*

8. An & quatenus ſervitutes tempore acquirantur?

HIc primò occurrit opinio eorum, qui putant, ante Juſtinianum ſervitutes præſcribi non potuiſſe. Quæ ſententia etiam Weſemb. *in parat. ff. de ſervitut.* arriſit. Sed tamen compertum eſt, Juſtinianum in præſcribendis ſervitutibus nil novi induxiſſe. *l. un. C. d. transform. uſucap. l. fin. C. d. præſcript. long. temp.* Nam

cùm

cùm ante Juſtinianum diſtincta prorſus eſſent, locis & rebus, ut etiam tempore, jura uſucapionis & longæ poſſeſſionis; illas differentias penitus ille ſuſtulit, *in dict. l. unic.* ut etiam Anton. Faber. docet *7. conject. c. 10.* Rerum autem differentia olim non conſiſtebat, inter res corporales, atque incorporales: verùm tota in rebus corporalibus, quæ mancipi, nec mancipi eſſent, poſita erat. Unde non exiſtimandum eſt, cùm hanc rerum differentiam abrogaverit Juſtinianus, mutâſſe vel transformâſſe quoque illum, aliquid tanquam in incorporalibus: quoniam ea de re, ne apex quidem deprehendi poteſt. Ac in multis Jureconſultorum locis in pandectas relatis mentio fit, longi temporis, longæ poſſeſſionis, uſus longi, diutinæ poſſeſſionis, *l. 1. §. ultim. de aqua pluv. l. 5. §. 3. de itinere actuq. l. 10. ſi ſerv. vindic.* Quorum coacta prudentum reſponſa hoc efficiunt, ut pronuntiandum videatur in locum uſucapionis ſervitutum civilis, lege Scriboniâ ſublatæ edicto ſuo, novam aliam, longæ quaſi poſſeſſionis capionem ſervitutum; Prætorem ſurrogâſſe, eamque Imp. Antoninum reſcripto etiam expreſſo confirmâſſe. *l. 1. & 2. C. d. ſervitut.* Nec porrò eorum opinatio mihi placet, qui dicunt, ſervitutes ipſo jure, ſeu propriè nullo unquam tempore uſucapi poſſe. Sed cùm quaſi poſſeſſio in ſervitutes cadat, inde etiam dicendum eſſe, eaſdem quaſi uſucapi. Donell. *lib. 11. cap. 11.* Quæ ſententia ſi vera eſt, cur abſolutè ubique dixerunt JCti, ſervitutes non uſucapi poſſe. *l. 14. d. ſervitut. l. 4. in f. d. uſucap.* Certè quaſi poſſeſſionem ſervitutum ſæpius legimus in jure noſtro, nullibi tamen ſervitutum quaſi uſucapio occurrit. Fuit quidem Scriboniam ante legem, quædam uſucapio ſervitutum; quam cùm tollat Plebiſcitum illud, eam neceſſariò extitiſſe fatendum eſt: cùm omnis privatio habitum præſupponat. Cenſeo autem in propoſita quæſtione, de ſervitutibus tempore acquirendis, ut & in aliis pleriſque ſeparandam eſſe uſucapionem à longi temporis præſcriptione, & quamvis ſervitus nulla uſucapi queat: omnes tamen hodiè ſervitutes, tam ruſticas, quàm urbanas longo tempore acquiri poſſe. *l. 10. ſi ſervit. vindic. l. un. C. de transform. uſucap.* Schifordegher. *lib. 1. tract. 5.* Guibert. Coſtan. *quaſt. 18.* Charondas. *1. veriſimil. 5. num. 3.* N. à Salis. *in ſicilim. ad lib. 8. ff. f. 28.* Marc. Lyclam. *2. membr. Ecl. 6.* Andr. Gerhardi. *diſp. 5. th. 3.* Quod enim lex Scribonia ſervitutum uſucapionem ſuſtuliſſe

liſſe dicitur, id de uſucapione biennii rectè accipit Donellus. *com. 11 cap. 11. in pr.* & *lib. 5. c. 22. in f.* ubi & eorum error eſt notandus, qui putant, legem Scriboniam ad ruſticorum prædiorum ſervitutes pertinuiſſe, qui benè reprehenduntur à Lyclama. *2. membr. eclog 6.* In locum autem uſucapionis ſervitutum, lege Scriboniâ ſublatæ, Prætorem ſurrogâſſe longi temporis poſſeſſionem, patet ex *l. 10. ſi ſerv. vind. l. 5. d itiner. actuque.* qui loci deſumpti ſunt, ex libris Ulpiani ad Edictum, & apertè mentionem non faciunt longæ poſſeſſionis, uſus diuturni, &c. Quam etiam poſſeſſionem Antoninum confirmâſſe, conſtat ex *l. 1. & 2. Cod. de ſervit.* Fuerunt equidem olim differentiæ plures, inter uſucapionem, & longi temporis præſcriptionem, ut docent Cujac. *ad l. 4 d. uſucap.* ac Ant. Faber. *conject. 19 c. 10.* Inter quas, ut antiquiſſima, ſic potiſſima illa fuit, quod ſervitutes licet uſucapi non poſſent, præſcribantur tamen. Fuit etenim longi temporis præſcriptio, quodammodo ſubſidiaria uſucapioni, ut quæ res uſucapi non potuerint, earum pleraq; tamen longi temporis præſcriptione acquirerētur. Quam ſententiam firmat illud, quod Impper. Diocletian. & Maximian. reſcripſerunt, in ſervo fugitivo, non habere locum nec uſucapionem, nec longi temporis præſcriptionem, innuentes nimirum, dari frequenter præſcriptionem, ubi uſucapio ceſſat. Objicitur hîc *lex 10. §. 1. de uſucap.* in qua diſertè ſcribit Ulpianus: ***Hoc iure nos uti, ut ſervitutes per ſe nunquam longo tempore capi poſſint***; cùm tamen idem Ulpianus dicat, *in l. 10. ſi ſervit. vindic* ***ſervitutem longo tempore quempiam nactum eſſe.*** Verùm loquitur Ulpianus in priori loco, de ſervitutibus alieno fundo debitis, non de iis, quas quis prædio ſuo debitas eſſe aſſertat: unde addit; cum prædiis uſucapi poſſe: igitur hac in re differentia erit, ut ſervitutem prædio ſuo, per ſe quis tempore longo quæri poſſit. Alienam autem fundo debitam ſervitutem, tantùm cum prædiis longo tempore acquiramus. Porrò Dd. vulgò inter ſervitutem actu continuam, quæ facto & induſtriâ hominis opus non habet, ſed ſemel conſtituta ſemper durat, & inter diſcontinuam, quæ non habet cauſam continuam, ſed cujus uſus intermittitur, differentiam conſtituerunt: putantque continuas longo uſu, & diuturnâ quaſi poſſeſſione præſcribi, decem annis inter præſentes, viginti inter abſentes, *l. 2. C. d. ſerv. l. ſi quis diuturno. 11. ff. ſi ſerv. vind.* Diſcontinuas

tinuas verò, non niſi tanto tempore, cujus initii memoria non extat, acquiri poſſe. *l. 3 §. ductus aqua. d. aqua pluv.* At hæc opinio ſubſiſtere nequit. Fachinæ. *8. controv. cap. 22.* Bronchorſt. *1. ἐναντιοφ. 92.* Dn. Harppr. *ad §. ult. num. 6. &c. Inſt. d. ſervit.* quia ut jam *ſupra* edoctum fuit, omnes ſervitutes prædiales, perpetuam cauſam habere debent, *id eſt,* talem cõditionem, ut ſuâpte natura & potentiâ uſus earum continuari poſſit. *l. foramen. 28. d. ſerv. urb. prædior.* Verius itaque, & Legibus magis conſentaneum eſt, quòd omnes ſervitutes, etiam eæ, quas diſcontinuas vocant, longo tempore præſcribantur. Confirmatur hæc ſententia per *d. l. ſi quis diuturno.* ubi Ulpianus indiſtinctè ſcribit, ſervitutes longâ quaſi poſſeſſione, & diuturno uſu acquiri. Idem habetur. *in l. 5. d. itiner. actuque. l. 1. §. ult. aq. pluv. arcend.* ubi ſervitutes, longâ quaſi poſſeſſione generaliter acquiri dicuntur, ut & *in l. 2. C. d. ſervit.* Ratio communis diſtinctionis hæc eſt; quia ſingularium actuum interruptio poſſeſſionis continuationem interrumpit. Quæ facilè ex eo refellitur, quod in ſervitutibus perſonalibus ut uſufructu, actus diſcontinui ſunt, & tamen longo tempore præſcribuntur. Ac ita ſicut in perſonalibus ſervitutibus; ita & in realibus quoque, inſpicitur potiùs animus poſſidentis, cui ſervitus debetur, quàm actuum intervallum: quia animus ſemper continuus eſt, licet actus ſervitutis quandoque intermittatur. Et quod *in l. 3. §. ductus aqua. 4. ff. d. aqua.* Pompon. JC. mentionem temporis facit, cujus origo memoriam hominum excedit, per hoc non negat, quin breviori tempore ſervitus acquiri poſſit. Sed quod tali tempore acquiratur abſque bonâ fide, & quod illa diutina poſſeſſio loco privilegii ſit, obtineatque vicem ritè conſtitutæ ſervitutis. Duar. *1. diſp. c. 34* Et deniq; in ſervitute acquirenda, non titulo opus eſſe, ſed hoc ſolùm requiri videtur, ut qui ſervitutem ſibi aſſertat, eâ per longum tempus uſus ſit, & bonam fidem habuerit in præſcribendo, *h. e.* non vi, non clam, non precariò acquiſierit ſervitutem. Arumæ. *diſput. ad ll. pracip. 9. theſ. 21.* Schifordegherus. *1. tract. 6.* Bronchorſt. *1. ἐναντ. 93.* Andr. Gerhardi. *diſp. 5. th. 4.* vid. tamen Dn. Præcept. & Collegam Harpprechtum. *ad §. ult. num. 15. Inſtit. de ſervitut.* Conſ. Altorff. *90.* etiam *fol. 579.* ubi *fol. 581.* docetur, bonam fidem non ſolùm neceſſariam, ſed & ab allegante probandam eſſe. Eſt & conſil Altor. *87. in quaſt. 2.* de præſcriptione juris paſcendi, ut & Meichſneri.

tom. 1.

tom. 1. deciſ. 24. fol. 365. ac deciſ. 34. f. 469. Ac quoque in præſcriptione requiritur taciturnitas & patientia adverſarii, quæ loco tituli habetur, ac per patientiam inducitur præſumptus conſenſus, & quædam conceſſio ficta: quæ tantum in rebus incorporalibus operari debet, quantùm expreſſa in rebus corporalibus. arg. ***l. Labeo. 19. d. aqua pluv. arc.*** Et tandem adde: In quaſi poſſeſſione ſervitutis conſtitutum, non relevari ab onere probandi, præſcriptione nondum completâ. Schæffer. ***vol. 2. quaſt. 21. à pr.*** ſecus ac fit in rerum corporalium poſſeſſione; cum quælibet res libera præſumatur: & quaſi poſſeſſio, ſtatui primævo, reique origini repugnans, nil quicquàm hoc reſpectu relevet poſſidentem.

9. *Jus altius tollendi, ſervitus eſt interdum.*

UNicuique licet in ſuo facere quicquid ipſi lubet, itidem que jure cuilibet eſt conceſſum, ædes ſuas tollere altiùs, & ad cœlum uſque. ***l. altius. 8. C. d. ſervitut. & aqua*** Etenim cujus eſt ſolum, ejus eſt & cœlum ſupra ſolum. Sicq; comune ſcitum eſt Interpp. Juris: Cum eo qui extollendo obſcurat vicini ædes, quibus non ſerviat, nullam competere actionem: ſolique dominum non tantum ædes, quas hactenùs habet anguſtas vel depreſſas, amplas vel altas; extendere, & amplificare, elevare & extollere, contrahere & demittere, ſed & novas ubi nullas habuit extruere; adeoque demoliri & ædificare, ac rotundis quadrata mutare pro arbitrio ſuo, jure poſſe. Pfeil. ***conſ. 198. per tot.*** Sed tamen ***in l. 2. d. ſervit. prædior. ruſtic.*** ruſticorum prædiorum ſervitutibus accenſetur, licere altius tollere & ***in l. 2. de ſerv præd. urbanorum.*** urbanorum prædiorum juribus etiam adnumeratur, jus altiùs tollendi, & officiendi luminibus vicini. Solent E. Interpretes frequenter diſputare, quomodo hæc concordent. Si enim ipſo jure altius tollere licet, etiam cum damno vicini, hoc non ſervitus, vel jus in alieno prædio erit. vid. Parlador. ***1. rer. quotid. cap 15.*** Vulteium ***diſcept. Scholaſt. cap. 5. à pr.*** Bronch. ***1 evanl. 99.*** Lyclam. ***7. membr. ecl. 28.*** Dn. Bachov. ***diſp. 17. th. 2. lit. d vol 1.*** Quibuſdam placet, per hanc ſervitutem induci, ut teneatur vicinus, qui ſervitutem debet; velit nolit altius tollere ædes, quia fortè intereſt vicini, cui ſervitus debetur, ne ædes ſuæ ventorum injuriâ infeſtentur. Hancque opinionem communem eſſe, teſtatur Cæpolla. ***de ſerv. urb. præd. cap. 26.*** Alii ajunt, idcircò altiùs tollendi ſervitutem adpel-

adpellari: quia forſan municipali lege, cautum erat; neminem poſſe invito vicino, ædes ſuas tollere niſi ad conſtitutam menſuram. Ita Florentiæ ſtatuto eſt receptum, legibuſque Hiſpanicis cautum; eatenus cuiq; jus eſſe ædes ſuas altius tollendi, quatenus inde vicinæ ædes non valdè nimis propalentur: ut Parlador. memorat. *d. loc. n. 2. & 9* Qui idem Parladorius cenſet: idcircò ſervitutem altius tollendi dici, quia ex ea inducatur, ut vicinus altiùs tollere non poſſit, quàm conventum fuerit conditione, atque lege ſervitutis. Ac ideò ea verba, *altiùs tollere,* accipi comparativè: reſpectu vicini, qui ſervitutem debet: ideſt, ut vicinus cui ſervitus debetur, altius tollere poſſit. Sed hæc res non habere videtur difficultatem. Etenim in jure noſtro caſus enumerantur, quibus jure ſervitutis (ſibi ſcil. à vicino debitæ) non vi libertatis naturalis, quis altius tollat. Coraſ. *ad l. 1. ff. d. ſerv. & lib. 3. miſcell. cap. 24.* (1) Si nimirum quis velit ædificare juxta aream vicini, in qua frumenta conteruntur: & quidem ab ea parte, ex qua tantummodo ventum habere poteſt. *l. fin. §. fin. C. de ſervit. & aqua.* (2) Si quis tollat altius, obſcurando lumina vicini; nec tamen ullam inde percipiat utilitatem. *l. 1. §. denique 12 de aqua. & aqua pluv. arcend.* (3) Si heres velit omnimodò obſcurare ædes legatas, lumen penitùs recludendo. *l. Gaurus. 10. de ſerv. urban. præd.* (4) Si ædificans excedat formam atque ſtatum antiquorum ædificiorum. *l. qui luminibus. 11. de ſervit. urb. præd. l. 1. C. d. ædific. privat.* (5) Si cujus ædificium jure ſuperius eſt, in infinitum ſupra ſuum ædificium imponit; & inferiora ædificia graviore onerat ſervitute, quàm pati debent.

10. *Ne altiùs quis tollat ædes, & ne luminibus officiat, diſtinctæ ſunt ſervitutes.*

SEparari enim videntur hæ duæ ſpecies ſervitutum, non uno loco, ut *in l. 2. l. 6. de ſerv. urb. præd.* & aliis adhuc pluribus locis Duar. *1. diſp. cap. 33. & ad l. 12. ac 15. de ſerv. urb.* Charond. *1. veroſimil. cap. 5. num. 5.* Schickard. *diſp. 5 th. 7. in reſol. quæſt.* Andr. Gerhardi. *diſp. Inſt. 5. th. 2.* Ratio eſt, quia non modò altiùs tollendo, ſed & latius protendendo parietem meum, imò tollendo, deprimendo, *l. 17. §. 2. de ſerv. urb.* & aliis modis, luminibus vicini officere poſſum. Servitus ergo, ne luminib9, hoc continere videtur; ne lumina vicini obſcuriora quoquo pacto fiant. Unde quodcun-

quæ fit, ad luminis impedimentum, prohiberi poteſt. *l. inter. 15. d. ſerv. urb.* Adeò, ut ſi arbor plantata, & poſita ſit, cùm efficiat quo minus cœlum videri poſſit, adverſus impoſitam ſervitutem fieri dicatur *l. ſi arborem. 17. ff. d. ſerv. urb.* Si quidem debet ſervitutem altius non tollendi, tametſi non queat altitudinis modũ excedere ædificando, arbores tamen plantare, & viridaria ſuper eam altitudinem habere poteſt. *l. quod autem. 7. l. ædificia. 12. d. ſervit. urb.* Coraſ. *ad l. 1. d. ſerv. n. 27.* ut & latius protendere ædificium haut impeditur, licet officiat luminibus vicini. arg. *d. l. 7. §. 1.* Sicut è contrà altiùs tollere prohibetur, quamvis lumina haud obſcurentur. arg. *l. 13. §. 7. de uſufr.* Videntur quidem *in l. 4. de ſervit. urb* pro eodem ſumi; ſervitus ne luminibus officiatur, & jus non altius ædificare. Sed id per conſequentiam fit: ut ſcil. maximè id actum in prioris ſpeciei conſtitutione videatur; ne per ædificia luminibus noceatur. Nam per arbores & alia conſimilia, hoc non fieri ſolet ſemper, ut jam modò dixi. Sicque non impedit, quod adfert Bronchorſt. *2. ἐναντιοφ. 5.* Illum finem & uſum eſſe ſervitutis altius non tollendi, ne vicini lumina obſcurentur. Cùm ergò unus & idem ſervitutis utriuſque ſit finis, ac effectus: ſubſequi, eas nihil inter ſe differre. Reſpondetur namque, non ſemper fine & effectu haſce duas convenire ſervitutes: ſed interdum, ut jam *ſuprà* eſt deductum, in alia plus, quàm in altera contineri. Eſt & hoc notatu dignum, in prædio ruſtico non poſſe ædificari in damnum vicini, propter fructuum ipſorum utilitatem. Petr. Anchar. *2. quæſt. 23* Joh. Hering. *de Molendin. quæſt. 43. ſub n. 44.* Sicque de conſuetudine apud nos eſt receptum, daß auff dem Feld einer ein Gartenhäußlin/ Maur/ oder dergleichen/ ſo weit auff ſich ſelbſt ſetzen muß/ daß hierdurch ſeinem Nachbarn die Sonn nicht benommen wird.

11. *Inter ſervitutes luminum, & ne luminibus officiatur, manifeſta differentia eſſe videtur.*

ITa ſentit Philipp. Hœnon. *diſp. Inſt. 5. th. 6.* Timæus Faber. *diſp. Inſtit. 15. th. 7.* Schickard. *diſp. 5. th. 7. ad fin.* Quamvis diſſ. And. Gerhardi. *diſp. 5. ad Inſtit. theſ. 2.* Nam & Germanis noſtris aliud eſt, einen nicht verbawen dörffen/ und Lufft oder Liecht etwanhero haben. Servitus ne luminibus officiatur, & ab adverſis; Luminum verò ſervitus contiguis, ſeu proximis tantùm prædiis urbanis

banis deberi ſolet: (1) Plus eſt in illâ, ne quid omninò luminis minuatur: hæc quod ſatis eſt, deſiderat relinqui. *l. Gaurus. 10. in fin. d. S. P. V.* Servitus luminum, reſtringitur ad certum locum, in quo facta eſt una feneſtra vel etiam plures: ne luminibus verò, ad univerſum prædium dominans refertur. Coraſ. *ad l. 1. d. ſervitut. n. 24.* Coſtal. *ad. l. 4. ſerv. urb. præd.* (2) Omnem adfert dubitationem *l. 4. d. S. P. V.* ubi ita ait JC. Paul. *luminum ſervitute conſtitutâ, id acquiſitum videtur, ut vicinus lumina noſtra excipiat. Cum autem ſervitus imponitur, ne luminibus officiatur: hoc maximè adepti videmur, ne ius ſit vicino, invitis nobis altiùs ædificare, atque ita minuere lumina noſtrorum ædificiorum* Manifeſtò hic ſtatuitur differentia, inter duas haſce ſervitutes. Et hoc JC. velle puto: luminum conſtitutâ ſervitute, id acquiſitum videri ut vicinus lumina noſtra excipiat, *h. e.* præſtet, faciatque locum lumini hapriendo, per ſervitutem ne luminibus officiatur fit ne quid incommodi nobis inferatur: per luminum ſervitutem, ut & obſtaculum removeatur. Ambæ quidem hæ ſervitutes, eò tendunt, ne luminibus officiatur: ſed tamen non indè ſequitur eas haud diſtinctas eſſe. Namque diverſum modum ac rationem, ut jam *ſuprà* deductum, eſt, habent.

12. *Regulariter, feneſtram in proprio ſuo pariete, ex qua in alienum proſpiciat, ſine jure ſervitutis conſtituere quis nequit?*

ITa ſentiunt Val. Reimer. *ſemicent. quæſt. iur. dec. 4. th. 8.* Vid. Dn. Collegam Harpprecht. *ad §. 1. num. 39. & ſeq. Inſt. de ſervit.* Violatur enim vicini libertas, cujus ſecreta non violari, plurimum certè intereſt. Proſpectuque non minus læditur vicinus, quàm pedum illatione. Et ſecundùm Xenocratem, nihil intereſt, utrum pedes an oculos in alienum immittas: quod pro hâc ſententia, ex Plutarcho περὶ πολυπραγμ. referunt Cujac. *1. obſ. 31.* Duaren. *1. anniverſ. diſp. 33.* Et firmiſſimè pro hac ſententia militat quod Harmenopulus & alii Græci in *l. eos qui 40 de ſervit. urban. prædior.* ita legunt: *Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete cæco* (non ut vulgò *communi*) *nullo iure feneſtras immiſiſſe.* Cujac. *d. loc. & ibid in notis.* Gothofred. Hocque jus ſervitutis, ſine dubio jus feneſtræ adpellatur à Gajo JC. *2. Inſtitut. 1. §. 3.* Eſt enim cœcus paries, qui feneſtras non habet:

Ein blinde Wandt. Diſſentiunt multi Andr. Gerhardi. *deciſ. 5. quæſt. 1.* Dn. Bocerus. *claſſ. 4. diſp. 7. th. 50.* Timæus Faber. *15. th. 7.* Et nominatim Donell. *11. comm. cap. 5.* ejuſque ſedulus enucleator. *in not. lit. d. & e.* ajunt: nihil proſpectu immitti, cùm viſus non fiat radiorum immiſſione. Sed hæc ſunt Philoſophica nimis, nec facilè quis mihi poterit perſuadere viſum peragi patiendo, & rerum ſimulachra ad oculum pervenire. Magis urgens eſt Dn. Boceri argumentum. In publicum proſpicere licet. E. etiam in privatum: cùm nihil immittatur. Sed aliâ ratione, quàm quia nihil immittitur, in publicum proſpicere licet. Publica deſerviunt uſibus privatorum: *l. 2. §. 2. ne quid in loco publ.* non verò privata. Per publicum locum ire poſſum, minimè per privatum. Nec tamen qui hanc feneſtræ ſervitutem habet, continuo etiam habet ſervitutem luminibus non officiendi. Serviens etenim prædium, nihilominus jure libertatis naturalis, habet luminis cœleſtis aërisque hauſtum. Er darff nichts deſto weniger Fenſter haben die nicht auffgehen: quales feneſtras nos vulgò Hochliechter adpellitamus. Et eſt hæc res, plerumque locorum ſtatutis definita. Ita legem Lucenſium refert Joſ. Ludovic. *deciſ. Lucenſ. 58.* quod quilibet poſſit facere feneſtras, tam in muro ſuo, quàm in muro communi, dum modò feneſtræ graticulentur, er muß ſie vergattern: & dummodò dictæ feneſtræ diſtent à terreno, per brachia quinque. Conſentit ferè ſtatutum Wirtembergenſe, in der Bawordnung / *fol 44.* ubi ita ſancitur: Welcher in ſeiner Wandgebäw oder Mauren/ Fenſter oder Laden hat/ dadurch er in eines andern ſeines Nachbauren Hauß oder Hoff ſehen / werffen/ außſchütten oder außſteigen mag / ſo ſoll er ſolche Laden und Fenſter/ mit eiſernen Stangen oder andern ſtarcken Gättern/ nach Erkanntnuß der Vndergäng / auff maß jedes orts herkommen/ für außſchütten/ ſteigen/ und ſonſt anderm/ das zu ſchaden dienen möcht/ vermachen und verheimſen.

13. *Si quis ſervitutem projiciendi nullam habeat, aquam in alterius prædium effundere non poteſt?*

SErvitus projiciendi, eſt urbanorum prædiorum. *l. 1. ad fin. d. ſerv. urb. præd.* competit enim, quando quis habet jus projiciendi ex fundo ſuo urbano, in alterius domū aream, vel etiam fundum

dum ruſticanum. Et appellatur ſervitus à prædio dominante. *d. l. 1.* ubi gloſſ. *ad v. vel aream.* Sicque non poteſt quis projicere aquam in curtem meam, ſine debita ſervitute. Indè non licet immittere fumum, ad ædificia ſuperiora; ac viciſſim, ex ſuperiore in inferiora, non aquam, non quid aliud immitti licet. In ſuo enim alii hactenus facere permiſſum eſt, quatenus nil in alienum immittat. Fumi autem ſicut aquæ immiſſionem eſſe, reſpondetur. *in l. ſicut. 8 §. Ariſto. 5. ſi ſerv. vind.* Nil impedit *l. 1 § deniq. 12. de aqua, & aqua pluv. arcend.* quæ vult, inferiorem ſuperiori ſervire. Nam ea loquitur de agris, in quibus ſunt aquæ naturaliter diſcurrentes, quæ de neceſſitate ad inferiora deſcendere debent. Cæpoll. *de ſerv. urban. prædior. cap. 31. num. 3.* Qui idem *ibid. & num. ſeq.* hæc quæ hactenus propoſita, ita limitat, an hæc immiſſio in alienum, juxta ſolitum, vel præter id fiat. Itaque ait, ſi dominus partis ſuperioris non poteſt commodè habitare, niſi aquam infundat, tunc ipſum infundere poſſe. At cùm *d. lex. ſicut.* haut diſtinguat, ſed generaliter immiſſionem in alienum prohibeat, puto id vix obtineri poſſe. Magis placet quod *d. loc. num. penult.* notat Cæpolla, eum qui habet ſervitutem projiciendi in vicini fundum, haud poſſe ſtercus, urinam, aliaque projicere immunda, ni & hoc ſit in ſervitutis conſtitutione expreſſum, vel ex loci naturâ fieri queat. So es ein unſauberer Winckel wäre. Pariter, ſi quis ſervitutem ſtillicidii habeat, non is poteſt prioris ſtillicidii faciem ſic reformare, ut ex ejus elevatione, vel aliter, prædium ſerviens acrius prægravetur. *l. ſervitutes. 20. §. ſtillicidium. 5. d. S. V. P.* Schæffer. *vol. 2. quæſt. 21. num. 27. &c.* Eſt namque axioma vulgare, tantum eſſe quæſitum, quantùm ab initio conceſſum. idem Schæffer. *vol. 1. quæſt. 31. numer. 8.* Nec impedit quod *in d. l. ſicut* reſponſum invenitur: ſtillicidium altius tolli poſſe. Nam magis ibi ratio ſubjuncta, quam ipſa deciſio, eſt perpendenda. Dicitur enim, hoc ita eſſe, cùm ſervitus levior reddatur, cùm quod ex alto, lenius cadat. Hocque verum eſſe autumat *d. loco.* Schæfferus, in urbe Roma, ubi ædificia fuerunt perquam alta, ampla, & ſpacioſa; ita ut pluvia ex alto caſitans, vi ventorum diſſipata, in habitacula remotiùs à ſe invicem diſſita, non ita facilè impingere potuerit: hancque conſiderationem ceſſare in ædificiis magis ſtrictis, & areis non ita amplis.

14. *Actus ſine ſervitute itineris eſſe poteſt. Et in via aliquid amplius eſt, quàm in duabus ſervitutibus ſimul.*

INter iter, actum, viam, nonnullas differentias eſſe, ita certum eſt, atque incertum, quales illæ exiſtant. Ulpianus *in l. 1. in pr. ff. d. ſervit. prædior. ruſt. Iter*, ait, *eſt ius eundi, ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi. Actus eſt ius agendi, vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, & iter habet, etiam ſine iumento. Via, eſt ius eundi, & agendi, & ambulandi: nam & iter, & actum, ſe via continet.* Videtur dicere Ulpianus, poſſe ire, etiam ſine vehiculo vel jumento, qui actum habet, quod clarè magis innuit Juſtinianus. *in t. Inſt. d. ſervit. prædiorum.* & conſentit. *l. 1. d. adim. legat. l. qui uſumfructum. 58. d. V. O.* Sed hoc pernegat Ant. Faber. *1. coniect. c. 20.* & hunc ſequutus Caſpar. Schiffordegherus. *lib. 2. tractat. 20.* Et certè idem Ulpianus, in *l. loci. 4. §. 1. ſi ſerv. vindic.* diſertè ſcribit, actum etiam ſine itinere eſſe poſſe, quod & aliis adhuc legibus probari poteſt. *l. ſi mater. 11. §. ſi quis iter. 6. d. except. rei iudic.* Commodiſſima videtur conciliatio horum locorum, quæ ab Accurſio jam olim eſt allata, & Interpretum multorum conſenſu adprobatur: ut ſervitus actus, ſine ſervitute itineris eſſe poſſit, at ſine itinere eſſe non queat. Namq; is qui agit ire quoq; neceſſe habet: Sed cum non agit, ire eum non eſt neceſſe. Nec ſine promiſſoris magna injuria, conſtitui aliter poteſt: qui cum unâ duntaxat ſervitute obligatum ſe voluerit, duplici haut eſt onerandus. Sanè multæ cauſæ aliæ ſunt, quæ à Fabro & Schiffordeghero, in hunc ſenſum referuntur. Et vitium aliquod ſcripturæ *in d. l. 1. d. ſerv. ruſt. præd.* latere arguunt: quemadmodum etiam lectio non eſt uniformis. Sed videri ad huc alii poſſunt: nempe Ludovic. Charondas. *1. veroſimil. cap. 5. num. 2.* Ant. Matthæ. & Theodor. Marcil. *ad princ. tit. Inſt. d. ſervitut.* Marc. Lyclama. *3. membr. Ecl. 12.* Juſt. Mejer. *ἐνδοξ. dec. 3. cap. 5.* Dn. Bachovius, *ad Treutl vol. 1. diſput. 17. theſ. 4* Martin. Schickart. *diſp. ad Inſt. 5. theſ. 4. & ſeqq.* Eleganter verò dicit Ulpianus, Viam eſſe jus eundi, agendi, & ambulandi. Sicque iter, & actum in ſe continet via. Si enim non eſſet jus ambulandi, actum duntaxat contineret, jus verò ambulandi, hoc eſt, eundi ſine jumen-

jumento, quod eſt proprium itineris ſervitutis, facit, ut itineris quoque contineat ſervitutem. Eſtque inſuper aliquid amplius in via, quàm in duabus aliis ſimul (quò refero in *d. l. 1.* verba, *& ſi*) putà jus lapidem aut lignum trahendi, & rectam ferendi haſtam. *l. qui ſella. 7. §. 1. & 2. d. S. R. P.* Anton. Faber. *d. loc. ad fin.* Alexander ab Alexandro, *lib. 2. genial. cap. 20.* ſcribit: Iter eſſe jus eundi per fundum alienum, hominis tantùm. Actum, hominis & jumenti. Viam verò, hominis, jumenti & vehiculi. Sed conſtat *ex d. l. qui ſella. d. ſerv. ruſt. prador.* jus agendi vehiculum, actu contineri. Nec obſtare *l. ſi tam anguſti. 13. ff. d. ſervit.* docet *d. loc.* Charondas. vid. Schiffordegher. *d. tr. 20. quaſt. 5.*

15. *Aquæ hauſtus, & pecoris ad aquam adpulſus; ſervitutes reales, ruſticæ ſunt.*

ITa ſentit Donell. *lib. 11. comment. cap. 7.* Marcill. *ad pr. Inſt. d. ſervit.* Lyclama. *6. membran. eclog. 11.* Anton. Matthæ. *ad §. inter ruſticorum. Inſt. d. tit.* & *in l. 1. ff. d. S P. R. §. 1.* reſpondetur: In ruſticis computanda eſſe aquæ hauſtum, pecoris ad aquam adpulſum, jus paſcendi, &c. conſentit *l. 4. & 5. tit. eod.* Sed in contrarium dubium movet, quod hæc jura, prædii non reſpiciunt utilitatem; ſed hominum magis: itaque perſonales potiùs, quàm prædiorum ſervitutes videri poſſint. Imò hauſtus aquæ, & pecoris ad aquam appulſus, expreſſè nominantur ſervitutes perſonales, in *l. Mela. 14. §. fin. ff. d. alim. & cibar. legat.* Verùm enimverò, ex *d. l. 4. & 5. ff. d. ſervit. ruſt. præd.* contrarium liquet, nimirum has ſervitutes omnes, prædiis magis, quàm hominibus utiles eſſe: hæcque, non hominum, ſed prædiorum utilitas eſt, utpote quorum fructus maximè in pecore conſiſtit. *d. l. 4.* Similiter jus Calcis coquendæ, & arenæ fodiendæ, quod *in d. l. 1.* etiam recenſetur inter prædiales ſervitutes, ad prædii fructum pertinet: quoniam, ut inquit JC. *in d. l. 5. in fin.* non ultra conſtitui poteſt, quàm quatenus ad fundum vicinum ſit opus. Non refragatur *d. l. Mela.* nec facilè quis mihi perſuadebit, locum eum mendoſum eſſe; ut poſt Donellum cenſet Ant. Matthæus. Sed loquitur de jure quodam ſingulari, perſonæ conceſſo, & cum ea intereunte: ut etiam innui alicubi *ſuprà.* Porro autem, licet in perſonalibus ſervitutibus vicinitas prædiorum non requiratur; in hujuſcemodi tamen perſonalibus ſervitutibus, quales ſunt aquæ hauſtus, peco-

pecoris ad aquam appulſus, jus geſtandi, vel in tuo uvas premendi, vel area tua ad frumenta, cæteraque legumina exprimenda utendi; ſi poſſeſſor non ſit vicinus, cui conſtituuntur, non uſum dabunt, adeoque inutiliter relinquentur. *d. l. 14. §. 3. d. alim. vel cibar.* Quid enim in regionibus ubi aqua non eſt venalis, an quis aquam haurire, vel ad aquam pecus appellere longius, quàm ex vicinia laboraret, aut ſaltem judicare poſſet, utilem eſſe talem ſervitutem. *d. §. 3.* At aliter ſe res habet in ea regione Africæ, vel fortè Ægypti, ubi aqua eſt venalis. Quod ſi hic, aut in ſimili regione res agi proponatur, ut alimenta, ita aquam per fideicommiſſum relinqui eſt conceſſum: cumque illa relinqui queat, aliis quàm vicino, ita & poterit hæc noſtra.

16. *Quomodo ſervitus ſimpliciter conceſſa, ſit definienda?*

IN *l. 9. ff. d. ſervit.* reſpondet Celſus. *Si cui ſimplicius, via per fundum cuiuſpiam cedatur, vel relinquatur: in infinito (videlicet per quamlibet eius partem) ire, agere licebit: civiliter modò &c.* Paulus verò JC. *in l. ſi via. 26. d. ſervitut. ruſtic. prædior. Si via,* ait, *iter, actus, aquaductus legatur, ſimpliciter per fundum; facultas eſt hæredi, per quam partem fundi velit, conſtituere ſervitutem: ſi modò nulla captio legatario in ſervitute ſit.* Videtur Celſus, ei, cui ſervitus debetur; Paulus Domino prædii ſervientis dare electionem. Et huic poſteriori electio eò magis videtur concedenda, cum debitor ſit. *l. 2. §. 3. d. eo quod certo loco.* Charondas. *1. veriſimil. cap. 5. numer. 1.* Nil referre, dicit, utrius electio ſit: dummodo ſi eligat hæres, id ſine captione legatarii fiat. Sin verò legatarius, civiliter id faciat, & ſine ſervientis fundi detrimento. vid. Dn. Præcept. Harpprechtum. *ad princip. Inſtitut. de ſervitut. numer. 38. &c.* Si autem dubium inter eos oriatur, arbitro res eſt committenda. *l. certo. 13. ff. d. S. P. R.* Buſius. *ad d. l. 9.*

17. *Prædia, qualitate magis, quàm loco ſunt diſcernenda.*

INde etſi in villa ædificia ſint, æquè ſervitutes urbanorum prædiorum conſtitui poſſunt. *l. urbana. 198.* ubi Goeddæ. *d. verb. ſignif.*

Digitized by Google

ſignif. Dn. Collega Harpprechtus. *ad §. 1. num. 2. &c. Inſtit. de ſervitut.* Mar. Lyclam. *2. membr. 8.* Anton. Matthæ. *diſput. ff. 7. theſ. 21. & ad §. prædiorum. Inſt. d. ſervit.* Hackelman. *illuſtr. 7. theſ. 14.* Bronchorſt. *1. ἐναντιοφ. 95.* Vultei. *ad pr. Inſtit. d ſervitut.* Marcilium. *ad §. prædiorum. Inſtit. eod.* Cujac. *7 obſerv. 24.* Diſtinguuntur ergo prædia ruſtica & urbana, non à loco, ſed à materia, *hoc eſt,* fine & uſu. Quemadmodum etiam familiam ruſticam ab urbana, penum urbanam à ruſtica, ſuppellectilem ruſticam ab urbana, urbanum item inſtrumentum à ruſtico, ita diſtingui ſolet. *l. urbana. 166 d. t.* Et quod prædium ruſticum ac ſuburbanum, non loco, ſed qualitate ſecernatur, reſcribitur diſertè *in l. ſi prædium. 16. C. d præd. minor. non alienand.* At *in l. 2. d. S. P. R.* ruſticorum prædiorum ſervitutibus adnumerantur; licere altius tollere, & officere prætorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel protectum habere licere. Quod JC. intelligit indubitanter, ſi ea domus, aut Prætorium ſit ruri. Sic & *in l. 4. §. 2. ff. in quibus cauſis pignus vel hypoth. tac. contr.* ſtabula meritoria, ruſtica prædia eſſe dicuntur, ſi ea ſint ruri. Marcilius *d. loc.* notat oſcitantiam Triboniani, quod diſſona infarciverit ſuis digeſtis. Communis Interpretum reſponſio eſt, quam & doctiſſimus Goveanus defendit, *1. var. lect. cap. 16.* Servitutem altius tollendi ruſticam vocari, non qua ratione ædificio debetur poſito extra urbem, ſed quà villæ: quæ ruſticum prædium exiſtit. ut & *in d. l. 4.* de ſtabulis agitur, quæ ſunt domus jumentorum. *l. ſi cujus. 13. d. uſufruct.* ſunt nempe ædificiorum ſpecies duæ, ruſtica & urbana. *l. 211. d. V. S.* Urbana ſunt, ædificia omnia, quæ urbano ritu ſunt ædificata; ubicunque ſint ſita: quod & *d. loco.* Marcilius tradit. Denique, ut hac in re commodius diſcernamus; inſpiciendum eſt: an prædium quod extra urbem exiſtit, plurimum in fructu conſtet: quo caſu magis dicimus, horreum vel ſtabulum, eidem adjunctum, ruſticum quoque habendum. An verò in uſu habitandi: aut degendi conſiſtat, quo caſu magis erit urbanum. Igitur & hortus urbanus, inter prædia urbana cenſetur, ſi non tàm in fructu, quàm uſu prædii urbani conſtet. Buſius. *ad d l. 4. § ſtabula. ff. in quibus cauſ. pignus, &c. An Molendina, prædia ruſtica vel urbana ſint?* diſquirit Hering. *tr. d. Molend. quæſt. 42.*

Digitized by Google

18. De Amiſſione ſervitutis per non uſum, & præſcriptione libertatis.

RUſticorum prædiorum ſervitutes, amittuntur ſolo non uſu Urbanorum autem, uſucapione libertatis. In illis ſufficit ceſſatio ejus, cui ſervitus debetur: in his verò, factum ejus qui debet, deſideratur. *l. hac autem. 6. d. S. P. V. l. ſi partem. 19. §. ſi per fundum. 1. ff. quemadm. ſerv. amitt.* Radulph. Forn. *lib. 2. rer. quotid. cap. 12.* Inde ſi ædes tuæ ſerviant ædibus meis, *verb. gr.* tigni immiſſione, & ègo exemero tignum: ita demùm amitto jus meum, ſi tu obſtruxeris foramen, unde eſt exemptum, & ita habueris per tempus conſtitutum. Quodque dicitur in *l. 4. ff. quem. ſerv. amitt.* iter ſepulchro debitum, non utendo nunquàm amitti: ſpeciale hoc eſt, ſicut & in publica via. *l. viá. 2. ff. d. via publ.* Tempus autem eſt inter præſentes decem, inter abſentes 20. annorum. *l. pen. C. d. ſerv.* Si autem quis habeat alternis annis, vel menſibus ſervitutem, duplicati temporis præſcriptio erit. *l. ſi ſic. 7. ff. quemadm. ſervit. amitt.* Bonam tamen fidem, ad uſucapionem urbanorum prædiorum requirunt. Neque enim uſus ſervitute cenſetur, qui ſuo jure ſe credit uti. *d. l. ult. quemadm. ſervit. amitt.* Unde eſt, quod uſum hunc non vi, clam, aut precario oportuit contigiſſe. *l. 1. C. d. ſerv.* quæ omnia bonæ fide repugnant. Sed in præſcriptione ſervitutum ruſticarum, bonâ fide non eſt opus: cùm & is qui alterum vi depulit, illa frui poſſit; cum vi poſſidere libertatem non intelligatur. *l. 3. §. ſi viam. 27. d. uſurp. & uſucap.* Et quamvis id Coraſio viſum non eſt *in d. l. ult.* opinio tamen ejus, & ratione caret, & idcircò merito eſt rejecta. Coſtal. *ad l. 6. d. ſervit. urb.* allegans Bart. & Caſtrenſ. *in d. l. ult.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro IX. & X. Pandectarum.

Tit. I.

SI QUADRUPES PAUPER. FECISSE DICATUR.

ET TIT. IV.
DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

SI animal meum, pauperiem feciſſe dicatur, ſine culpa mea, locus eſt huic edicto. Eo id continetur, ut aut noxiam præſtem (h. e. damni æſtimationem) aut ipſum animal dedam. Pauperiem autem damnum dicimus, non injuriâ datum; quia enim quadrupes ſenſu caret, nec injuriam etiam committit. *l. 1 §. 3. h.* Id tamen quod de pauperie dictum, ita accipi debet, ſi beſtia nocuerit commota feritate. *d. l. 1. §. 7.* Nam ſi id impulſu alterius accidat, ex leg. Aquilia, vel in factum actio eſt. *Quid autem ſi beſtia alicui naturali inclinatione, verbi gratia, paſtu nocuerit?* Et hoc caſu ex L. XII. etiam de paſtu actio fuit. *l. 14 §. fin. d. præſcript. verb.* Cujac. *ad Paul lib. 5. ſentent. cap. 15.* quæ tamen ex moribus poſtea in actionem ex leg. Aquilia videtur tranſiiſſe. *l. ult. C. ad L. Aquil.* Sed ita, ſi fera quoquo modo per tertium ſit impulſa. Bald. *in dict. l. ult.* Quamobrem ſi non impellente altera beſtia paſtu noceat, contra dominum in factum actio parata erit, quod eam non cuſtodierit, arg. *d. l. 14. §. fin. d præſcript. verb.* vid Tuſchum *lit. D. concl. 9.* Includere tamen domino prædii alienum pecus non licet. *l. 39. §. Pomp. 1. ff. ad L. Aquil.* Quod moribus correctum eſſe, Buſius notat. *in d. l. 39.* Qui idem *ad l. 1. §. planè. num. 2. ff. ſi quadrupes* monet: Moribus hujus ſeculi, noxæ deditionem vix uſurpatam eſſe. Quemadmodum & ordinatione Imperii criminali, *art. 130.* proviſum eſt, ut pauperies facta æſtimetur, eamque noxæ dominus, ex arbitrio boni viri ſeu Judicis rependat. Quid item jure Saxonico admiſſum ſit, docet Weſenbec. *h. num. 6.* Cùm verò jure civili, ſervi non pro hominibus habeantur; ac etiam Ariſtoteles. *1. polit.* eos inſtrumentis domus annumeret: Sequitur, ſi ſervus alicujus furtum fecerit, in dominum noxalem furti actionem dari. *l. 1 & t. t. de noxal. action.* ut damnum præſtet, vel ſervum noxæ dedat. Ac quæ de uno Servo dicta ſunt, eadem in pluribus quoque obtinebunt. Sic tamen, ut non in ſingulos detur pœnæ perſecutio, ſed ſufficiat id præſtari, quod præſtandum foret, ſi id furtum unus feciſſet. *l. 1. ff. ſi famil. furt. feciſſ.* Quæſitum autem illud eſt, *an idem debeat & in actione damni injuria dati, obſervari?* & magis eſt

Hhhh 2 idem

idem obſervandum eſſe. *l. illud. 32. ad L. Aquil.* Cùm enim circa furti actionem hæc ratio ſit, ne ex uno delicto, totâ familiâ dominus careat, eaque ratio ſimiliter & in actione damni injuria dati interveniat; ſequitur, ut idem debeat exiſtimari. Cui expreſſè refragatur. *l. 9. ff. de iuriſd.* ejuſque manifeſtæ & dilucidæ repugnantiæ, ſi conciliationem aliquam quæramus, videndum eſſe, ne veterum exiſtimationis quàm noſtræ ſtudioſiores ſimus, inquit Hotoman. *illuſtr. quæſt. 33.* Sed rectè putat Arumæus *diſp. ad ll. præcip. 10 th. 6.* nil hîc quicquam diſſidii eſſe. Familia enim ſi album Prætoris corruperit, non idem obſervatur quod in furto: quia ibi facta plura ſunt, in furto unum: quod & innuit in *d. l. 9.* JC. Paulus, ac plura facta eſſe idem ille probat exemplo ejus, quod de ſervis injuriâ facientibus, *l. ſi plures. 34. ff. de iniur.* damnumque dantibus, *l. 11. §. 4. ad L. Aquil.* eſt conſtitutum. Aſt non nititur ejus deciſio hâc ratione, ſed quia Majeſtas Prætoris à ſingulis contemnitur, ſi ejus album plures corrumpant.

Tit. II.
AD LEGEM AQUIL.

2. *Libero homine occiſo, ejus heredes utiliter ex lege Aquilia agere poſſunt.*

Actione legis Aquiliæ, tàm dolus, quàm culpa vindicatur: & quidem leviſſima quoque. *l. 44. h. t.* Modo ea in faciendo & committendo, non in omittendo vel negligendo conſiſtat. *l. 13. §. 2. verſ. denique de uſufruct.* Inde etiam communiter dicunt, actionem ex Aquilia lege, propter factum, non propter negligentiam dari. Maſcard. *concl. 468. num. 9. &c.* Et quamvis damnum ſtrictè & propriè loquendo, diminutio patrimonii ſit: & amiſſio lucri non in ſpe tantùm conſiſtentis. Card. Tuſchus. *lit. D. concl. 4.* Nihilominus tamen libero homine occiſo, ejus heredes utiliter ex lege Aquilia agere poſſunt. Weſembec. *in parat. h. num. 7.* Coſtal. *ad l. 3. ſi quadrup. pauper.* Cujac. *lib. 21. obſerv. cap. 21.* Quamvis enim hoc negari videatur *in l. huic ſcripturæ. 15. in fin. h. t. n.* ejuſque rei ratio reddatur *in l. nam ſicut. 36. §. 1. eod.* quod ſcil. abſurdum videatur, ut heres pretium quaſi occiſi conſequatur ejus, cujus heres exiſtit. Sed ut prior textus non perimit utilem

lem vel in factum actionem, ac ſolummodò directam dari negat: ſic poſterior intelligendus eſt, ubi heres nullum intereſſe prætendere poteſt. Ita liber homo dominus membrorum ſuorum non videtur. Si igitur illi ſit nocitum, directam actionem non habet, quia non eſt dominus rei læſæ; ſed tamen ex ſententia legis utilem habet. *l. liber homo. 13 h. t.* Quamobrem ſi occidatur, heredes ejus agere utiliter poterunt, cædis nomine, perinde atque defunctus ob vulnus agere potuiſſet. Quam in actionem impendia in medicos facta, & quicquid lucri interverſum, aut damnum per vulnus ac cædem datum eſt, venit; ipſius autem corporis liberi hominis, aut membrorum æſtimatio, non item: gloſſ. *in l. qua actione. 7. §. fin. in verb gloria. h. t.* quia hæc æſtimationem non recipiunt. In Aquiliam autem actionem, quæ damnum æſtimat, ac reſarciri petit, nihil deducitur niſi intereſſe, quod æſtimari poteſt. *l. 18 §. fin. de dol. mal.* Inde etiam hâc actione, occiſi uxor & liberi recipiunt id, quod ſuâ intereſt ratione operarum, quas defunctus in vita exhibere potuiſſet. Non igitur aliud in æſtimatione damni faciendâ ſpectatur, quàm id tantùm, quantum omnibus nocitum fuit, non affectio rei amiſſæ, deformitas putà corporis, aut amor occiſi. Sed aliæ actiones hoc nomine intentandæ ſunt: videlicet quibus non æſtimatio, aut id quod intereſt, ſed pœna vel criminalis vel civilis, ob interfectum liberum corpus exigitur. Jure Saxonum, pro occiſo datur ein Mann- oder Wehrgelt. De quo ita ſcribit Pfeil. *conſ 23. vol 1.* Das Mann- oder Wehrgelt iſt nicht deß entleibten Erb/ kommt auch nicht von ihm durch Erbgang her/ gehöret auch nicht zu ſeinem Erbe/ ſondern dem Gebrauch nach/ gebühret es den nechſten Schwerdmagen/ als Söhnen/ Vattern/ Brüdern/ oder Vettern/ darumb daß ſie den Thäter/ und den Todt ihrem Vattern/ Sohn/ Brüder oder Vettern/ angelegt/ zu gebührlicher Straff oder Buß/ mit Recht verfolgen. Landrecht *lib. 2. art. 14. & 16. ubi gloſſ.* Quin & Bart. *in l. ſi filius. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit circa fin.* & *in l. damni. §. Sabini. ff. de damn. infect. col. 2.* tradit, quod hujuſmodi homicidii vel injuriæ perſequutio, non jure hereditario, ſed extra hereditatem filio competat, unde & in *l. pro herede 20. §. fin. de acq. vel omitt. her.* Dyn. & Bart. *in l cum qui. 4. C. arbitr. tut.* memorabiliter determinant, quòd filius ex pacto pacifico, vel legis municipalis

formula, pro interfecto parente pecuniam accipiens, hereditatem adire non videatur, nec obſtringatur ære alieno per parentem contracto. Idque etiam ex *l. penult.* ratione, ſatis evidenter apparet: ſcil. quoniam nihil ex defuncti capitur voluntáte, neque id, quod in rei perſecutione, ſed quod in ſola vindicta conſtitutum eſt, accipitur. Aliud verò eſt in eo caſu, ubi quis utili L. Aquil. actione [illegible]peritur; quod facere non ullus alius poteſt, niſi ſit heres. Sed de æſtimatione damni, tam ejus qui læſus, quàm heredum nomine incundâ, plura habet Berlichius. *tom. ult. quaſt. 18. num. 21. & ſeqq.* ac item Dn. D. Bocerus *in claſſibus ſuis.* videri etiam poteſt Roſacorb. qui docet, quomodo tali in caſu, ſit referendum. *practic. forenſ. cap. 79.* adde Wehner. *conſil. Francon. 20.* Sed notatu maximè videtur dignum, quod ſi quis in colluctationibus, pugillationibus, & aliis licitis & honeſtis ludis, virtutis & exercitii militaris cauſâ inſtitutis, aliquem occidat (nec tamen artibus illicitis utatur) eum nec criminaliter, nec civiliter puniri. Cujac. *d. cap. 20. lib. 21. obſ.* Berlich. *tom. ult. concluſ. 16. num. 2.* Qui idem poſt Schraderum *tract. de Feud. part. 9. cap. 4. num. 47. ſub finem.* & Dan. Moller. *in com. ad conſt. Saxon. part. 4. conſtit. 10. num. 6. &c.* tradit: ſi provocatus ad duellum, non occidat, ſed vel verberet, vel vulneret provocantem; eum non civili hâc actione, & nec ad expenſas curationis teneri: cùm uterque, & quidem provocans in majori ſit culpa. Meritò itaque culpa cum culpa compenſatur. Hancque ſententiam etiam amplexum eſt inclutum Conſiſtorium Academiæ Tubingenſis; in cauſa cujuſdam Montbelgardenſis, qui Auſtriacum provocârat, & damno aliquot digitorum, dextræ ut puto, manus, hancce temeritatem luit.

3. *De duobus aliquem mortiferè vulnerantibus.*

STatuo cum Dn Arumæo. *diſp. ad ll. præcip. 10 th. 3.* Si alius mortiferè aliquem vulneravit, alius verò mortem acceleravit; priorem æquè ac poſteriorem, de occiſo teneri: ſi modò certò conſtet, ab utriſque vulnus lethale inflictum fuiſſe. Ac ita diſerte reſpondet Julianus. *in l. ita vulneratus 51. in pr. verſ. igitur. & §. 2. verſ. eiuſdem ergò. h. t. n.* Namque L. Aquiliâ tenetur, non ſolùm

qui

qui ita quem lædit, ut confeſtim vita privetur: ſed & is cujus ex vulnere certumeſt aliquem vita exceſſurum. *l. huic ſcripturæ.* 15. *§. 1. h. t.* E diametrò repugnare videtur. *l. item Mela.* 11. *§. Celſus. ff. eod.* ubi habetur: *Celſus ſcribit, ſi alius mortifero vulnere percuſſerit. alius poſteà exanimaverit; priorem quidem non teneri, quaſi occiderit, ſed quaſi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit; poſteriorem teneri, quia occidit. Quod & Marcello videtur, & eſt probabilius.* Sed accipi hic locus de tali caſu debet: ubi quidem prior vulnus inflixerit tale, ex quo potuit mors ſequi, atque ita ratione iſtius eventus dicitur mortiferum, *in d. §. Celſus.* verùm & contrarium evenire poteſt, ne ſc. ea ſequatur, ut meritò in hoc caſu dubio ad mitiorem declinemus partem. Nec hoc eſt corrumpere textum, ut Zaſius putat. *2. ſingul. intell. 6.* Nam & ipſe JC. Ulpianus. *in d. l. huic ſcripturæ. h. t.* ita planè, ut jam à me factum eſt diſtinguit.

4. *Caput primum Aquiliæ Legis.*

CApite primo Aquiliæ Legis, cautum fuiſſe, memorat Juſtinianus; *inpr. Inſt d. Leg. Aquil. ut ſi quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudũ numero ſit, injuria occiderit: quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.* Conſentit *l. ait lex. 21. l. indè Neratius. 23. §. Idem Julianus 2. & 3. l. ita vulneratus. 51. §. 2. h. t. n.* Mirabilem hancce legiſlationem, ejuſque rationem irrationabilem eſſe quidam dicunt: eò quod nullam pœnam ponat, ſi quo tempore animal plurimi eſt, interficiatur: ſed tum demùm, cùm eſt depretiatum. Hotoman. *ad §. his autem verbis. Inſt d. l. Aquil.* Ecce enim Titius occidit animal ſaginatum, tempore quo antè eò anno haud pluris vendi potuiſſet: & nec gravatur æſtimatione duriori, cùm ſolvat pretium, quod erat tempore delicti Juſtum. Econtrà, occidens equum, ferè enectum, quem tamen prius eodem anno diſtrahere magnò licuiſſet: certè in eo caſu delinquens, ultrà quàm nocuit punitur; cùm quanti plurimi illo anno fuit, pro eo ſolvere cogatur. Forſan id ita eſt conſtitutum; ut eò magis tuti eſſent quadrupedes atque ſervi viliores, & quos aliàs precii vilitas, multorum injuriæ exponere videtur. Dum nempè damnũ inferre volentes, non valorem modò præſentem intueri, ſed & inſuper ſuſpicari coguntur

guntur; ne ante aliquot menſes pretio anteceſſerit res, & nunc illud abierit retrò.

5. *Vicinus vicino, ex cujus ædibus incendium fuit ortum, damnum reſarcire tenetur: ſed tamen actor, Patremfamil. in culpa eſſe, probare tenetur.*

HAc de quæſtione, jam aliquàm multa dixi, *ſupra ad librum. 1. ff. tit. d. off. præf. vigil. f. 154* & pro eadem hâc ſententiâ, propugnant Vigil. Pingitzer. *deciſ. Jenenſ. 24.* Maſcard. *concl. 461.* Græveus. *2 concl 21. & ſeq.* Andr. Gerhardi. *diſp. ad Inſt. 17. th. 6.* Pacius. *1. ἐναντιοφ. 45.* Hackelm. *diſp. quæſt. Illuſtr. 2. th. 24.* Alex. Raudens. *deciſ. Piſan. 6. ubi num. 37.* tradit: non levem, ſed ſolùm leviſſimam culpam, præſumi in conductore. Buſius *ad l. ſi vendita. ff. peric. & com. rei vend.* Altorf. *conſ. 96*, ubi, quod ſi non conſtat præcipuè & evidenter, de principio & exortu ignis, ubi ſc: originem habuerit, tum ſententiam abſolutoriam fieri debere. conſentit Dn. Thom. Metzger. *conſ 11.* Sic de incendio conductæ domus, quod exortum fuit ex fœno madido; quodque illud habitatori, circumſpecto aliàs, vigilanti, & ſolicito, imputandum non ſit, conſuluit Marq. Freher. *inter conſ. Altorf. conſ. 116 per tot.* Sic excuſatur conductor, ſi in æde conductâ, paleas, fœnum. ac lignorum faſciculos detinet, ubi alii conſueverant, etſi ille locus propter ignis vicinitatem incongruus eſſet. Raudenſ. *d. loc. num 4.* Aliud autem eſſe, ait idem. *num. 26. &c.* ſi quis ut artifex conducat furnum, cùm tunc etiam de leviſſima culpa teneatur. Sed poteſt dubitari *de vicinis, quorum domus ſunt ſervata ab igne, & propter diruptionem domus unius atque alterius. defenſatæ, ad quas ignis veriſimiliter convolâſſet?* Et ſanè ubi non eſt aliquis, qui de Jure teneatur ad emendationem dicti damni, ratione doli vel culpæ, commiſſi, vel commiſtæ, dicendum eſt, eos teneri, arg. *l. 1. & 2.* & *l. navis. 4. in princ. ff. ad L. Rhod. d. iact.* ut ſic omnes, qui commoditatem ſenſerunt, conferant ad æſtimationem damni. vid. Straccam. *titul. de nautis. 5. par. verſ. ſed nec quotidiana. num. 2. d. merc.* Neque etiam, ſi ſervorum negligentia factum ſit, dominus ſtatim luet, Quinimò, ſi dominus eam ſolertiam cuſtodiæ

ſtodiæ adhibuerit, quàm ſolent adhibere homines frugi & diligentes, ipſe non tenetur. *c. cum ad ſedem. ext. de reſt. ſpol. l. ſi vendita. 11. ff. de peric. & comm. rei vend.* planè ſi negligens in eligendis miniſteriis fuerit, hoc ipſum domino culpæ imputatur. *l. ſi ſervus. 27. §. ſi fornicarius. 9. & §. Proculus. 11. ad L. Aquil.* intelligitur enim tum culpa ipſius præceſſiſſe caſum. *cap. un. extr. de commod. cap. unic. de depoſ.* vid. Joh. Herman. Stam. *tract. d. ſervitute perſonali. lib. 2. cap. 15.*

LIB. X.

TIT. II.

FAMIL. ERCISCUND.

1. *De Jure Civili, diviſio inter fratres fit, vel judicis officio, vel ſorte.*

PEr familiæ erciſcundæ actionem, dividitur hereditas, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato: Daturque utile familiæ erciſcundæ judicium, etiam ei, qui neque heres neque bonorum eſt poſſeſſor: veluti ſi arrogatus, ab arrogatore quartam ex Conſtitutione D. Pii petat. *l. 2. ff. h.* Et fiunt regulariter inter coheredes, partes æquales, eæque poſtea per ſortem cuilibet aſſignantur. *l. ſi qua. 5. h. t.* Aut ſi diviſio in partes non commodè fieri poſſit, judex uni rem adjudicare ſolet, ut pretium alteri pro rata ſolvat: *fac. l. & puto. 16. §. 1. l. item. 22. §. 1. &c.* ac paſſim *t. t. h. l. 2. C. quand. & quib. quarta pars. lib. 10. Cod.* Idque à quo fieri debeat, Fortunæ judicio eſt committendum. arg. *l. 3. in pr. verſ. ſancimus. C. com. de legat.* Rauchbar. *1. quaſt. 42.* (ubi alias cauſas affert, ob quas unus aut alter debeat præferri.) vid. Tuſchum. *lit. D. concluſ. 531. & ſeqq.* Græv. *2. concluſ. 116 conſid. 1. à pr.* qui hoc etiam *num. 12.* ad bona feudalia extendit. Sic & ad officium judicis pertinet nonnunquam, ut debita & credita ſingulis pro ſolido, aliis alia adtribuat: quia ſæpè, & ſolutio & exactio partium, non minima incommoda habet. *l. 3. h. t.* Tabulæ item teſtamenti, aliaque communia inſtrumenta, apud eum, qui ex majori parte heres eſt, manere; aut in æde, ſeu archivo publico, aut apud amicum deponi debent. *l. cætera. 4. §. ſed & tabulas. 3. l. ſi qua. 5. h. t. l. 5. C. com. utriuſque Judicii.* Servanda item eſt ea

 diviſio

diviſio hereditatis, quam pater ſuo teſtamento, vel etiam dotalibus tabulis, aut etiam aliquo fratre abſente fecit. Cod. Fabr. *lib. 3. t. 25. def. 4. & 5.* vid. Græv. *d. concluſ. 116.* Tuſchum. *lit. D. concl. 527. & ſeq.* Sic & *in dividenda inter fratres hereditate quæritur, quis portiones conſtituere debeat, nec ſorti rem committi velint?* Cæteris quidem paribus præferri debet is, qui major natu eſt, ſed ſi minor annis, majorem rerum hereditariarum, earumque pretii notitiam habeat, præferendus eſt. Nam & ob eam cauſam ſenior præferri ſolet, quod veriſimile ſit, eum magis ſcire, quomodo fieri commodius diviſio poſſit. Illud tamen perpetuò obſervatur, ut conſtitutis ab altero portionibus, alterius ſit electio, ne qua in re alterutrius captio ulla ſit. Cod. Fabr. *d. t. 25. defin. 2.* Ac ſanè multi ſunt, qui putant, de jure Canonico, majorem hereditatem in partes diſtribuere debere; & tunc minori competere eligendi facultatem. Grævæ. *d. concluſ. 116. conſid. 1. num. 2. &c.* Quod tamen juris canonici ſanctio minimè velle videtur. Grævæ. *d. loc. num. 11.* Nec mutat quid, *cap. 1. d. paroch.* nam id planè de alio loquitur caſu, ubi ſcil. Epiſcopatus eſt dividendus: nec ideò à ſeparatis aliquid inferri poteſt. Quin &, licet Gail. *2. obſ. 116. num. 112. &c.* ac item Mynſing. *cent. 4. obſ. 37.* ut & Hackelm. *diſput. illuſtr. 8. th. 7.* Pfeil. *conſ. 75. num. 12. &c.* non ſolum à jure canonico hunc modum in hereditate dividendâ adprobatum putent; ſed & eum communi Germaniæ conſuetudine receptum eſſe atteſtentur: nec hoc tamen credit Grævæus. *d. loc. num. 14.* Licet eam ubi viget, valere arbitretur: eamque & Græcis olim ac Latinis cognitam fuiſſe, ex Seneca *lib. 6. declam.* eruere quidam volunt. Ac certè Jus Saxonicum eam adprobare videtur. Pfeil. *conſil. 106.* tam in allodialibus quàm feudalibus bonis. Pfeil. *d. conſil. 75.* Sed reſtringit hanc jure Saxon. ſanctionem, Rauchbar. *1. quæſt. 40.* ad eum caſum, ſi duo tantùm ſint fratres: & inter plures rem ſorti committendam cenſet. Qui & *quæſt. ſeq.* diſquirit: *Quid faciendum ſi fœminæ, vel nepotes ex fratre adſint? An* autem, *ſi in actu diviſionis, controverſia incidat; putà non ſoluta dotis &c. ea prius examinanda, num verò in diviſione ſit pergendum?* diſquirit, hocque negat Daſſel. *conſil. 4. Quando item diviſio inter fratres facta præſumatur?* diſputat Joſeph. Ludov. *deciſ. Lucenſ. 48.*

2. De

2. *De Diviſione, ob læſionem reſcindenda.*

HÆreditatis diviſio, ſortitione à ſcientibus ordinata, nec ob partium immodicam inæqualitatem, reſcindi poteſt: niſi per errorem partes tam inæqualiter factæ eſſent. Ego *in tr. de Appell. cap. 7. n. 11.* Fachinæ. *lib. 8. cap. 36. §. illud controverſum.* Tiraquell, *ad l. ſi unquam in verbo donatione. num. 131. C. d. revoc. donat.* Et certè *in l. 3. Cod com. utriuſque iudic.* majoribus etiam, non ſolùm per fraudem & dolum, ſed & aliàs perperam ſine judicio factis diviſionibus ſubveniri ſolet. At ſi nullo jure præcipiente, nullâ urgente neceſſitate, ac altero ex dividentibus neſciente; partes inæqualiter eſſent conſtitutæ: aliter dici nequit, quàm non ritè diviſionem illam eſſe factam. Et quamvis in ſortibus non ſit dolus, aut etiam injuſtitia quædam: attamen erratum eſt in partium diſtributione. Nec volunt partes quaſi aleæ jactui exponere res ſuas, ſed ſolùm ſorte de partibus experiri. Nec porrò in diviſione reſcindenda, opus eſt ultra dimidium læſione. Fachinæ. *d. loc. §. ſed alia controverſia.* Namque *d. l. 3.* non requirit ultra dimidii læſionem, ſed indefinitè ſancit, ut quod inæqualiter factum eſt, in melius reformetur. Neque etiam reo convento tribuit electionem, ut fit *in l. 2. C. de reſc. vendit.* Et meritò in contractibus, mutui commercii gratiâ inſtitutis, & ubi contrahentibus ſe invicem in pretio aliquatenùs decipere licet, majori læſione ad illos irritandos opus eſt; quàm in aliis, ubi æqualitas ſumma exigi ſolet. Ideoque non obſtat quod Schraderus *conſ. 50.* aliique, diſſidentes dicunt; diviſionem emptionis vicem obtinere: cum non conveniant omni ex parte, & disertè *in d. l. 3* quò ad reſciſſionem aliud reſpondetur, ac de emptione conſtitutum invenimus. Si verò ultra dimidium lædatur aliquis heres, tunc etiam in diviſione per ſortis arbitrium factâ, actionem concedit Schraderus. *conſ. 46.*

3. *Sumptus ſtudiorum, non veniunt in collationem.*

FIrmatur hæc ſententia, expreſſo textu. *l. qua pater. 50. ff. fam. erciſc.* ubi ait JC. *Quæ pater filio emancipato, ſtudiorum cauſâ*

peregrè agenti ſubminiſtravit; in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eum pertinuit, computari, æquitas non patitur. Neque impedit, quod hæc lex non generaliter, ſed tantum de filio emancipato loquatur. Siquidem nullum dubium eſt, quin ſi JC. interrogatus fuiſſet, an idem de filiofamilias ſtatueret, idem reſpondiſſet. Succurrit E. communis Dd. regula, quod pro expreſſo habendum ſit id, quod partes, ſi de eo ſpecialiter interrogatæ fuiſſent, veriſimiliter expreſſiſſent. Idque multò magis ex eo dicendum eſt, quo majori Pater eum, qui in ſacris adhuc paternis conſtitutus eſt, affectione & amore proſequitur, quàm emancipatum. Si itaque illud, de quo minus videtur ineſſe, ineſt: multò magis illud, de quo magis. Secundò hanc noſtram opinionem confirmat *l. ſi filia. 20. §. idem ſcribit. 6. ff. fam. erciſc.* ubi Ulpian. ex ſententia Papiniani reſpondet: *ſi filius in muneribus publicis in quibus pater ei conſenſit, reliquatus* (id eſt, apud quem initis, ſubductiſque accepti expenſique rationibus, pecuniæ aliquæ ſuperſunt, quique æs alienum ex reliquis rationibus contraxit. Gothofred. *ad d. l. 20. verb. reliquatus*) *& pro parte hæres ſcriptus eſt, hoc quoque debere præcipere: quia & hoc patris æs alienum fuit. Sed ſi qua munera poſt mortem patris ſuſcepit, ab his hæredes patris ſoluti ſunt.* Idem roborat *l. Lucius. 21. §. idem. 3. ff. ad municipal.* ubi dicitur, eum, qui decurionem adoptavit, onera decurionatus ejus ſuſcepiſſe videri, exemplo patris, cujus voluntate filius decurio factus eſt. Facit *l. quoties. 2. in pr. ff. ad municip.* ubi idem Ulpianus inquit: *quoties filius familias Voluntate Patris decurio creatur, univerſis muneribus qui Decurioni filio iniunguntur, obſtrictus eſt Pater.* Ratione addita, *quaſi fideiuſſor pro filio.* Si itaque hoc in muneribus publicis obtinet, in quibus pater ei conſentit, ut ſi æs alienum contraxerit, hoc ad patrem ſpectet: idem certè de ſumptibus ſtudiorum dicendum eſt, qui unicè & directò eò tendunt, ut illis ad finem feliciter perductis, Eccleſiæ & Reipublicæ inſerviatur. Bene item adducitur *l. unic. C. de pericul. ſucceſſ. parent.* ubi dicitur, *ſi de proprio ſuo patrimonio, muneris editionem tuo nomine pater tuus repromiſit, ideoque etiam te ſacerdotem creari impetravit: onus erogationis commune omnium heredum eius eſſe, præſes Provinciæ non ignorabit.* Hancque ſententiam plurib. adhuc rationibus fulciunt, & contrariis reſpondent

Krem-

Kremberg. *tract. d. ſumptibus ſtudioſor. quaſt. 1.* Joh. Wolff. Hiller. *tract. d. expenſ. ſtudior. per tot.* Conrad. Oeleman. *in antin. iuris civili. ex prælect.* Giphan. *de ſumptis lib. 1. Inſtitut. diſputat. 1. in corollar.* Idque procedere dicunt, etiam in perſona matris, cùm nulla in præſenti controverſia, diverſitatis ratio reddi queat. Quodque ſumptus ſtudiorum, à matre filio ſuppeditati nec in legitimam computentur, nec conferantur: decidendo probat Jac. Thomingius. *quaſt. 32.* Idque etiam argumento. *l. hac ratio. 3. §. ſciendum.* ubi habetur: quod ſi mater in caſtra eunti filio aliquid dederit, id valere. Conſtat autem, peculium caſtrenſe & quaſi caſtrenſe, pari paſſu ambulare. Sed hæc ſententia limitatur: quando parentes, filiis ſuis, ſumptus ad inchoationem, vel proſequutionem ſtudiorum, præbuerint animo credendi: *d. l. 50. ibi: ſi non credendi animo. ff. h. tit.* Idque declaraverit vel verbis vel factis. Kremberg. *d. quaſt. 1. limit. 1. fol. 206.* qui tamen *ibid. num. 7. &c.* tradit, non ſemper in dubio credendi animo ſtudiorum ſumptus præſtitiſſe patrem, ſi eos diligenter annotavit. Nam certè non inde neceſſariò colligitur animus repetendi: cùm diligentes patresfamil. cunctas ferè expenſas, etiam quarum repetitio planè nulla eſt, ſoleant conſignare. Veniunt item in collationem ſumptus, quos filii ſtudiorum nomine, à parentibus emunxerunt, ac per Venerem, aleam & commeſſationes diſſipaverunt. Kremberg. *quaſt. 1. limit. 4.* Impenſæ enim ſtudiorum, nequeunt appellari; quæ in ſtudia non ſunt converſæ: quaſque pater, ſi ita inſumi ſciviſſet, nunquàm impendiſſet.

Nec item ſtudiorum ſumptus; ab heredibus ſunt præſtandi filio ei, quem quidem pater Muſis conſecravit; mortuus tamen fuit, priuſquam ſtudia abſolvit. Kremberg. *quaſt. 2.* ceſſat enim in fratribus neceſſitas illa, ad quam pater obſtrictus fuit, ac item ille favor & amor, quo pater filium vivens complectebatur. Quo intuitu dicitur in *l. ſi quis à liberis. 5. §. item. 15. d. agnoſc. vel alend. liber.* hæredes filii, ad ea præſtanda, quæ vivus filius ex officio pietatis ſua dabat, invitos cogi haud oportere.

TIT. III.
COMMUN. DIVIDUND.

4. *Correo adverſus correum, an competat actio communi dividundo?*

Correo debendi, qui totum ſolvit; actionem negotiorum geſtorum adverſus correum, dat Molinæus: huncque eo nomine rectè corripit. Anton. Faber. *lib. 11. coniect. c. 8.* Neque enim negotiorum geſtorum agere poteſt, qui ſuum negotium geſſit. Certè nec communi dividundo actioni locum eſſe, ſpecioſè Faber probat. Sed in eo falli videtur, ille idem, quod planè nullam ei dat actionem. Argumenta quæ ille pro ſe habet; cuncta evidenti æquitatis ratione profligantur. Certè ex re correi, qui totum ſolvit, locupletior factus eſt is, qui nihil ſolvit. Nec impedit quod Faber ait: id ſolùm per conſequentiam venire; id nimirum agente correo, qui totum ſolvit, ut ſe ipſum duntaxat, non correum liberaret: utque ea ſolutione, locupletior ipſe, non etiam correus redderetur. Nam & hoc ambiguum eſt, quo animo correus ſolvat: ac poſito id fieri, commodum tamen inde in correum redundat, & ſolventi (vel invito Fabro, & ſaltem illius ſolventis marſupio teſte) damnum exindè evenit. Hæcque ſi Fabriana theoria valeret; nec fidejuſſorem renuntiatione exceptionis excuſſionis, aliorumque privilegiorum, ſi loco principalis ſolvat, id recuperare poſſet. Nec item contutor contra contutorem: qui tamen etiam ſine ceſſione utilem actionem habet. *l. 1. §. Et ſi forte. 13. de tutel. & ration. diſtr.* Nec impedit quod *in l. ut. fideiuſſor. 39. d. fideiuſſor.* habetur, fidejuſſorem adverſus confidejuſſorem agere non poſſe. Nam confidejuſſores correi non ſunt; nec ſecum invicem aliquid commune habent: ut inter correos ſit. argum. *l. ſi rem. 31. §. 1. d. novat.* ac inter duos fidejuſſores & correos, manifeſta differentia comparet. *l. qui hominem. 34. §. 1. ff. d ſolut.* unoque ex illis ſolvente, proſpectum eſt aliâ actione, adverſus principalem, correus autem ſecundum Fabri opinationem, nullum planè remedium haberet. Et certè Paulus, *in l. in hoc iudicium. in pr. ff. h.*

ff. h. etiam communi dividundo actionem correo dare cenſetur, cum ait: *In hoc judicium venit, quod communi nomine actum eſt, aut agi debuit ab eo, qui ſcit ſe ſocium habere*, ac facit etiam *l. licet. 17. in pr. ff. depoſ.* Sed dubitationis tollendæ cauſa, conſultum eſt; ut ſemper qui pro alio, vel etiam ſocio, aut correo ſolvit, actiones ſibi à creditore cedi curet. *d. l. 39.* ibi: *nec ei ceſſa eſſent actiones.* Ronchegall. *de duob. reis. ad l. reos. 11. in princ. ſub num. 56. f. m. 728.* qui etiam de quæſtione noſtra principali, pluribus agit. *in d. princip. num. 40. & ſeqq.*

5. *Triga duplicium actionum, referenda videtur ad actiones mixtas.*

PRæter actiones perfectè reales, aut merè perſonales, quædam ſunt, quæ mixtam cauſam obtinere videntur: & nempe finium regundorum, familiæ erciſcundæ & communi dividundo. Quod Dd. comm. *ad §. quædam Inſtitut. d. Action.* probant: contranitente tamen Donello. *ad §. omnium. & ad dict. §. quædam. Inſtitut. d. tit.* ut & Anton. Fabr. *20. conject. 10.* Quæ & ideò duplices vocantur; quia unuſquiſque & agentis, & ejus, quo cum agitur, ſuſtinet partes: ac uterque petit, & ab utroque petitur. *l. 10. ff. fin. regund.* Sicque Judicium finium regundorum, datur partim in perſonam, partim in rem: quandoquidem noſtrum petimus, ut nempe domino, vel potiùs agris ſuum adjudicetur. Weſembec. *in parat. ff. fin. regundor. num. 6.* & hoc eſt quod ait *l. 3. Cod. eod.* hanc actionem proprietatis controverſiæ adhærere: & Apulejus, in cauſa finali, de proprietate contendi. Cujac. *in parat. d. tit.* Sic mixtum eſt judicium familiæ erciſcundæ. Dirigitur enim tam in rem, quæ dividi petitur, quàm in perſonam, reſpectu perſonalium præſtationum. *l. item. 22. §. pen. ff. fam. erciſcund.* ut & accepti commodi, vel incommodi fructuum, expenſarum. *l. 6. 15. 18. cum l. ſeq. d. t.* & adjudicationum: quæ certè ſunt perſonales. *d. l. item.* Eſt & ea ratione perſonalis, quòd ex quaſi contractu habet ortum, & tantùm in perſonam hæredis datur. *§. item ſi inter. 3. Inſt. d. obl. quæ ex quaſi contr.* Weſembec. *ad t. fam. erciſc. num. 2.* Pariter actio communi dividundo, datur ex cauſa communionis, à qua petitur

rece-

recedi. *l. 1. h. tit. ff. com. divid.* ſive ex contractu ſocietatis, ſive alio modo; putà emptione, legato, donatione &c. res ſit communicata. *l. 2. d. t.* Et eatenus realis actio eſt. Quatenus autem fructus perceptos aut expenſas factas, cæteraſque perſonales præſtationes reſpicit, perſonalis exiſtit, daturque ex quaſi contractu: quia neque ex contractu, neque ex maleficio ſibi invicem obligati ſocii eſſe videntur. § *item ſi inter Inſtitut. d. obligat. quæ ex quaſi contr.* unde liquet, & hanc actionem mixtam obtinere cauſam. Weſembec. *in parat. ff. com. divid. num. 2.* Dicuntur igitur hæ actiones mixtæ: quoniam ratione perſonalium præſtationum, ex quaſi contractu deſcendunt; reſpectu verò communionis, cujus ſeparatio petitur, & dum quiſque partem ſuam vindicat pro indiviſo, jure quodam dominii intentari videntur. *§. 3 Inſtitut. d. obligat. quæ quaſ. ex contract. l. 1. ff. fin. regund. l. 1. ff. com. divid.* Idque eſt quod dicitur in *l. 22. §. pen. ff. fam. erciſcund.* Judicium illud conſtare ex duobus, rebus ſcil. atque perſonis. Bachov. ad Treutler. *vol. 1. diſputat. 19. theſ. 1. lit. d.* ubi etiam contra Donell. & Anton. Fabrum, pluribus pugnat, & eorum argumenta refutat. Miſtis actionibus adjungitur actio ad exhibendum, quia etſi in perſonam ſit, non etiam pro rei vindicatione, eſt tamen propter rei vindicationem. Agitur enim primùm ut res exhibeatur, deinde res exhibita vindicetur. Præparatoria igitur eſt vindicationis: vindicatio directa & principalis actio eſt, neque tamen notat perſonam, ſed rem. Nec enim intendit v. g. L. Titium dare oportere, ſed in rem exhibendam generaliter concipitur. Cujac. in *parat. ff. ad exhibend.*

CHRISTOPHORI BESOLDI, JCTI.

DELIBATORUM

JURIS CIVILIS

PARS SECUNDA.

Digitized by Google

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro XI. Pandectarum.

TIT. I.

1. *De interrogationibus in jure faciendis, & interrogatoriis actionibus.*

OLim cogebatur aliquis, antequam actione fuerat conventus, interrogationi ſibi ab alio factæ, in jure, id eſt apud Prætorem, reſpondere: ut ſciret actor quantum ab eo petere deberet, & quomodo judicium à Prætore conſtituendum eſſet; verbi gratiâ, interrogabatur reus: *An eſſet hæres, vel bonorum poſſeſſor? & quotâ ex parte? ex teſtamento, an ab inteſtato? &c.* Sed tamen *in l. 1. §. 1. ff. h.* Calliſtratus, aut potiùs Tribonianus, morem hunc interrogandi, ante judiciũ conſtitutum, in deſuetudinem abiiſſe teſtatur, quòd nemo cogatur ante judicium de ſuo aliquid reſpondere. Interrogatoriam autem non hic vocamus, quâ interrogationi adverſarius cogitur reſpondere: nulla enim eo nomine unquam actio fuit; Sed dicitur interrogatoria, quæ ex interrogati reſponſione datur; perinde, ac ſi obligatus eſſet. *l. de ætate. 11. §. 1. l. ult. h.* Duaren. *1. anniverſ. c. 43.*

Verùm interrogationes, quæ interroganti ad fundandam actionem proficiebant; quamvis & olim minùs fuerint frequentes, & ab uſu tandem receſſerint prorsùs; qua de re Iohann. Robert. *4. ſent. cap. 18.* Weſembec. *in parat. h* ac inprimis Menoch. *2. arbitr. caſu. 51.* videri poſſunt: Eas tamen, quæ ad probationes conducunt, adhuc in viridi obſervantia eſſe, comperimus; de iiſque jam ſupra ad *tit. ff. d. edendo.* dixi quædam, & nunc aliqua addam.

2. *De Poſitionibus.*

SAnè in locum interrogationum, quæ ad probationem litigatoribus ſufficiunt, ut loquitur. *l. 1. §. 1. ff. h.* poſitiones, hodie uſu frequentiſſimæ, Cræv. *1. concl. 79.* primùm conſuetudine introductæ, poſt & jure Canonico adprobatæ, *cap. 2. d. confeſſ. in 6. clem. ſæpe. 2. §. & quia. d. V. S.* vid. Hilliger *ad Donell. 23. cap. 7. lit. K.* ſucceſſerunt.

Ac nempe integrum eſt actori, vel libellum ſummariè proponere, vel articulatim: & ſimul petere, ut poſt litem conteſtatam reus, ad ſingulos reſpondeat ſigillatim categoricè, & quidem mediante juramentô. Sic & poteſt reus eundem ad finem, litis conteſtationi ſubjungere articulos defenſionales ſeu actionis eliſivos, & cogitur ipſe ponens præſtare juramentum, quod vocant dandorum: de quo, in quadam diſputatione egi *de juramento calumniæ* inſcripta. Ac etiam per poſitiones abolitum uſum eſſe. titt. *C. & ff. d. edendo.* ut innuere videtur Plot. *d. in lit. iur. §. 13. ad fin.*

Cæterùm proponi poſitionales vel defenſionales, per eoſque fieri queunt interrogationes, in omni judicii parte: non tamen poſt concluſionem. arg. *l. 1. in princ. & l. ubicunque 21. h. t.* Hackelmann. *illuſtr. 8. theſ. 19.* Quod tamen jure Wirtembergico eſt immutatum, *part. 1. tit. 28. fol. 120.* ubi poſitionales, ſi non ſit libellus articulatè propoſitus, reprobantur: ſine dubio ad lites abbreviandas, quæ per articulos ita operosè conſcriptos, intricari putantur. Quemadmodum etiam in foro Saxonico libelli articulati, eadem ex cauſa planè non admittuntur, Schultes, *forenſ. obſ. 4.* Sed verò judex litigatores, etiam poſtquam in cauſa concluſum fuit, ex nobili officio, merè in perſona ejus reſidente, facere poſitiones, & partes interrogare poteſt: *d. l. ubicunque.* Ei enim nunquam concluſum cenſetur. Bart. *in repet. d. l.* Vnde non rarò concluſio ex officio reſcindi, partibuſque ulterior probatio injungi ſolet.

Eſt etiam apud omnes in confeſſo, poſitioni criminali non cogi quem reſpondere. Idque ampliari ſolet, ut habeat locum, ſive poſitio directè contineat crimen, ſive tale quid poſitum inveniatur, quod etiam indirectè crimen importet. Cræv. *1. concl. 12. num. 12. &c.*

Quin

Digitized by Google

Quin imò, ubi nulla indicia exiſtunt, nec ulla diffamatio præceſſit, haut poterit reus ſuper criminibus à judice interrogari: ac ſi fuerit interrogatus, non tenebitur judici fateri delictum occultum, à ſe commiſſum. Ac ajunt, negantem in foro conſcientiæ eſſe tutum: etiamſi generale juramentum præſtitiſſet, de veritate dicenda ſuper interrogatis. Henric. d. Gandavo. *in quodlib. 1. & 8.* quem ſequitur Purpur. *ad l. qui accuſare. Cod. d. edend. in princ.*

Sed tamen ex aliis notat Pacianus, *d. probat. lib. 1. c. 7. num. 5.* Licet reus non teneatur judici fateri delicta occulta, nec prodere ſeipſum contra naturalem ſui charitatem: attamen non per hoc licitum eſſe, apertè negare veritatem, quia hôc modô mentiretur, ſed tutius videri, ut non reſpondeat interrogationi tali, aut verò adpellet vel proteſtetur.

Sanè, qui de caſibus conſcientiæ tractant, dicere ſolent: Omne mendacium, quamvis non ſit juramentô firmatum, eſſe peccatum mortale, ſi fuerit pernitioſum; ſive intra, ſive extra judicium dicatur. Et dicunt mendacium, intrinſecè malum eſſe, licet ſit veniale, ſi fiat ad vitandam mortem, ſcandalum grave, propter cuſtodiendam caſtitatem, &c.

Et ſic illa regula, quæ dicit; quod *ex duobus malis, minus ſit eligendum*; intelligi debet quando minus malum à ſua malitia exui poteſt: ſicut poteſt exui homicidium. Eman. Rodriquez. *in ſum. caſuum conſcient. tom. 1. c. 46. qui ibid. ad fin.* notat: Loquendo cum arte diſſimulationis, vitari peccata, quæ aliàs communiter committuntur, propter ignorantiam ejus uſus. Et exemplum præbet: *Si dicat quis, ut dicamus ei aliquid novi, poſſumus dicere nihil ſcire novi*: intelligentes interiùs, quod conveniat dicere aliis.

Et hæ ſunt æquivocationes, propter quas Patres Soc. Jeſu, paſſim audiunt malè: qua de re cùm non pertineat ad crepidam noſtram, non ego ulterius inquiro. Videri interim poteſt ſplendor veritatis moralis, Fr. S. Emonerii pro Leonhard. Leſſio. S. I. Th. contra Ioh. Barueſium Anglum. Becanus *in manuali. controv. 5. c. 21.* Paul. Layman. *lib. 4. Theol. moral. tr. 3. c. 13. num. 10.*

Magis ad noſtram materiam accedit, quod tradunt: Petenti, quæ ei reddiſti, poſſe negari, te accepiſſe: ſcil. ut ei debeas nunc. Eman. Sa. *in aphoriſm. confeſſarior. § mendacium.* Rodriquez. *d. loc. num. 3.* Hucque confert, quod in jure noſtro eſt expreſſum:

Digitized by Google

poſſe aliquem pluribus exceptionibus uti, quamvis ſint diverſæ. *l. nemo. 8. ff. d. except. l. nullus plurib. 20. d. R. I. in 6.* Everh. *loc. à privatione ad habitum.* Zaſ. *ad l. decem ſtipulatus. 116. num. 18. d. V. O.* Sed verò Parladorius. *rer. quotid. 1. cap. fin. part. 1. §. 4. num. 13.* monet, ita cautè ac tutò reſponderi: *Nego me mutuum tale accepiſſe, pro ut, & modô, quô à me petitur:* ubi plura ea de re videri poſſunt.

Poſitionibus item, non ſolùm per Principalem ipſum cauſæ actorem, ſive reum, ſed & miniſteriô Procuratoris, reſponderi poteſt. *c. ult. & ibi gl. d. iuram. cal. in 6.* Sed cùm Principalis meliùs de cauſa propria, quàm Procurator cenſeatur inſtructus: Br. *ad l. ſi actor. d. Procuratorib.* Inde de ſtylo quorundam Judiciorum, propria Principalis requiritur perſona, Cacheran. *dec. 113.* Teſſaur. *dec. 17.* niſi dominus ita ſit abſens, ut de facili nequeat venire. *Cur* autem *reus non tenetur edere Inſtrumenta, c. 1. extr. de probat. tenetur autem edere confeſſionem, & reſpondere ad poſitiones, per verbum; credit vel non credit?* Reſpondetur, quod reſpectu confeſſionis partis, non potuit Actor venire paratus: cùm illa non ſit in ſua poteſtate; ſed reſpectu inſtrumenti, Sic, cùm potuerit à principio ſibi præcavere: & ideo eſt ſibi imputandum, ſi non fuit diligens Ioan. Andr. *in c. 1. de confeſſ. in 6.* Vivian. *in rationalib. ad d. c. 1. de probat.* Et Bolognetus. *ad l. 1. Cod. d. edend. num. 33.* veram rationem differentiæ, cur vivâ voce reus cogatur reſpondere, non verò edere Inſtrumenta, hanc aſſignat: quia reſponſio verbalis qualificari poteſt, ut non noceat etiam dicendo veritatem, reſpectu totius cauſæ; quod non eſt in ſcripturis.

Tit. VII.

3. De Religioſis & ſumptibus funerum: & ut funus ducere liceat.

NOn tantùm de negotiis geſtis generale edictum propoſuit Prætor: *l. 3. d. negot. geſtis.* Sed & nominatim de negotiis hæreditariis, h. e. ut ipſe loquitur, quæ cujuſque cum is moreretur, fuiſſent. *d. l. 3. §. hæc verba. 6. d. t.* Ac ſeparatim de iis, qui funeris cauſâ ſumptus facti eſſent, edixit: *l. ſi quis ſepulchrum. 12. §. Prætor ait. 2. h. t.* idque ob ſummam religionis rationem, ne cadavera inſepulta jacerent. *l. ſi quis. 12. §. hoc edictum. 3. h. tit.* Quod

quò

Digitized by Google

quò probroſius ſemper vivis exiſtimatum, tantò juſtior cauſa viſa eſt repetitionis, ſi quis funus duxiſſet, aut aliter eo nomine quid erogâſſet. *l. & ſi quis. 14. §. idem Labeo. 13. h. t.*

Cùmque actio negotiorum geſtorum bonæ fidei ſit: & hæc ejuſdem naturæ meritò reputatur; Timæ. Faber. *lib. 1. annot. c. 3.* Sanè non eſſentiâ differt hæccè, ab illa, ſed tantùm aſcititio nomine.

Nam ſi quis objiciat, hîc naturam bonæ fidei negotiorum minùs agnoſci: ut in qua nunquam eveniat, ut alter, h. e. uterque alteri poſſit condemnari: eo quòd funeraria non niſi erogationis contineat cauſam; ſecùs quàm in negotiorum geſtorum actione. Ad hoc reſponderi poteſt: non id in omnibus bonæ fidei actionibus perpetuum eſſe; cùm & in communi dividundo, & familiæ erciſcundæ judiciis, quæ & quaſi ex contractu proficiſcuntur, & propriè bonæ fidei dici poſſunt; non niſi alterum tantùm appareat obligari, vel ſi erogatum quid ſit, vel præceptum, *§. item ſi inter. 3. & ſeqq. d. obl. quæ quaſ. ex contract.*

Ex his explicari poteſt, quod reſpondetur *in l. 1. h. t.* eum, qui propter funus impendit, cum defuncto contrahere, non cum hærede. Inprimis ut intelligamus, tanquam æs alienum, defuncti ex bonis, aut hereditate eſſe deducendum. Fit & hoc ex communi fictione, quâ hereditas dicitur perſonæ vicem ſuſtinere, & quidem non heredis, ſed defuncti. *l. hereditas. 61. d. acquir. rer. domin.* Et cenſetur, quaſi de ſuo defunctus funerari voluerit, non de alieno. *d. l. ſi quis. 12. §. hoc edictum. 3.* Timæ. Faber. *d. loc. c. 4.*

Ex eodem principio pendet, quod reſpondetur. *in l. impenſa. 45. h. t. Impenſam funeris omne creditum præcedere ſolere, quoties bona non ſunt ſolvendo.* Cùm enim Prætor hoc egerit, ut de ſuo defunctus ſepeliatur, ac proinde, ſi quis impenſâ ſuâ funeraverit; bonorum (quà in his conſiderari poteſt illius perſona) negotium geſſiſſe intelligi debet. Meritò inde non minùs funeraria cæteris actionibus præfertur, quàm aliàs ſi quis negotia hereditatis jacentis, bonorumve vacantium, eademque ratione ipſorum creditorum, utiliter geſſiſſet. Timæ. Faber. *d. lib. c. 5.*

Et quamvis de perſonalibus creditis, ac tacita hypotheca, certum ſit, ea funeris impenſis poſtponi, nec jure cautum videatur aliquid de hypotheca expreſſa. Attamen & hæc non præce-

Digitized by Google

dit hancce favorabilem cauſam, Garſ. Maſtrill. *1. deciſ. 10.* Neguſant. *tr. d. pignor. part. 5. membr. 2. num. 28.* Namque *in l. pen. h. t.* reſpondetur, quod funeris impenſa ſemper deducatur de hereditate. Si autem habentes expreſſam, priùs caperent creditum ſuum; utique non deduceretur. Ac facit, quod ibi habetur, ſolere talem præcedere omnes creditores. Ergo etiam habentes expreſſam. Dictio enim *ſemper*, importat omni tempore & omni caſu, Surd. *deciſ. 255. num. 7.* Tandem, prædicta omnia procedunt etiam in impenſa infirmitatis: Maſtrill. *d. loc. num. 10.* Weſembec. *in parat. h. ad fin.* Ac privilegium, tributum impenſis, extendi quoque debet ad ſumptus ob morbum factos. *l. in reſtituenda 4. Cod. d. petit. hered. l. 3. Cod. d. h. t.* Molina. *d. iuſt & iur. tr. 2. diſp. 235.* Et *de funeraria actione* videri etiam poteſt Rebuff. *d. proviſionali ſent. in præfat. num. 39. &c.* & Timæus Faber. *d. cap. 3. ac ſeqq.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro XII. Pandectarum.

TIT. I.

DE REBUS CREDITIS.

1. *Probatô mutuô, ſi de Quantitate non conſtet, quid ſit faciendum?*

USu plerunque venire ſolet, ut *teſtes in teſtificando dicant: vidiſſe Titium Seio pecuniam mutuò dediſſe, ſed quanta illius fuerit ſumma, non ſe recordari. Quamobrem quid tunc ſequi debeat iudex?* ambigi ſolet. Vulgò hanc in rem Pontificia definitio adferri ſolet, quæ extat *in cap. ex literis. 32. d. iureiur.* ubi Honorium III. judicibus præcipere ajunt, ut per jusjurandum de veritate dicenda à partibus exactum, res definiatur. Sed Panormitanus & alii, textum illum ſpecialem caſum continere dicunt; accipiendumque tantummodò eſſe, quando agitur de cauſa uſurarum, aut ubicunque animæ periculum verti videtur. Sed licet textus ille de cauſa uſurarum loquatur, attamen non nititur deciſio ratione uſurarum; ſed generaliter omnino eſt intelligendus, quod multis poſt Br, & alios Parladorius probat, *lib. 2. rer.* quo-

quotid. cap. 18. Idque etiam verba ipſius Pontificis Maximi probant apertè, ubi ita reſcribit: *Non potuiſſe per teſtes productos, de ſortis quantitate liquere, licet de obligatione pignoris conſtitiſſet. Unde expedire, ut exigatur de veritate dicenda à partibus iuramentum.* Idque *ne ex huiuſmodi iuramenti defectu, iuſtitia, vacuâ veritate ſuccumbat.*

Et certè adhuc alii conſimiles caſus in jure noſtro reperiuntur, ubi cùm de principali facto conſtat, acceſſorium, vel aliæ circumſtantiæ aut qualitates, juramentô liquidantur. Sic in *l. ſi quando 9. Cod. unde vi.* reſcribitur: Vt ſi vis in judicio fuerit patefacta, quod tunc actor, ſacramentô rerum, quas perdidit æſtimationem, manifeſtet. Sic in *l. fin. §. fin autem. 3. Cod. d. iure domin. impetr.* habetur: damnum juramentô manifeſtari. Sic & in *l. 1. §. ſi quis argentum. 40. ff. depoſ.* circa quantitatem ponderis, ſi id incertum eſt, juranti ſuccurritur. Plures caſus adduxi *in diſp. 4. d. iureiur. theſ. 11. 12. & ſeqq.*

Ita etiam, ſi teſtes aſſerant, vidiſſe partes de re & pretio convenire, ſed non ſatis ſe de pretii certâ quantitate recordari: minimè reus tunc eſt abſolvendus, ut quidem etiam doctiſſimus Pinelus putavit, *in rub. C. de reſc. vend. part. 2. cap. 1. num. 7.* ſed res partium jurejurandô erit dijudicanda.

Tale autem juramentum adpellatur καὶ ἐξοχὴν de veritate dicenda, ſeu trutinatione veritatis: Vt Parlador. *d. loc. ad fin.* & ego etiam dixi *in diſp. allegata.* Et ſic, rebus violenter furtô ſubtractis, ſi de quantitate earum non appareat, neque ea facilè probari queat; an juramentum in litem, vel veritatis, deferendum ſit damnum paſſo, tam reſpectu quantitatis, quàm æſtimationis? decidit Peguera, *decis. 23.*

2. *Quatenus obliget charta bianca:* Blancket / *ſive ſcriptura vacua.*

CHirographa ſeu nominis proprii ſubſcriptio, atque ſigilla tabellis ſubjecta vel appenſa, multùm iis roboris attribuere ſolent. *c. 2. d. fide inſtr. ubi Gl. cap. 2. in pr. verb. ſigillorum ſuorum. d. offic. ordin. in 6.* Subſcribens autem vel ſignum adponens vacuæ chartæ, quanquam non protinus obligetur, cùm ſcriptum eſt; quia tenorem ſcripturæ poſtea ſubſequutæ non inſpexit, ac veriſimiliter nondum cognovit; *l. fin. Cod. plus valere quod agitur.* Aſinius.

nius. *tr. de execut.* §. 1. *cap.* 65. Tamen ex quo inſpiciendi, cognoſcendique habuit facultatem, cognoviſſe, atque ita approbaſſe præſumitur. *l.* 2. §. *inſpectio.* 5. *ff. quemadmodum teſtam. aper.* Pfeil. *conſ.* 39. vid. *Theſaur. meum. pract. v. carta blanca.* Sic valet album folium, cui procuratorium inſcribitur: Tuſchus. *lit. F. concluſ.* 409. quia eo fine miſſum eſt, ut eidem inſcribatur mandatum. Ac ita pariter Inſtrumentum mutui accepti, in arbitrium creditoris conferri poteſt, ut clauſulas, quas velit, adponat. Si verò majorem ſummam inſcribat, locus eſt non numeratæ pecuniæ, vel etiam doli exceptioni. Sic & Legatis talia mandata libera dari ſolent interdum. Et de hujuſmodi literis etiam. canit Guntherus. *lib.* 3. *Ligurini.*

- - - Impreſſò plurima ſignô
Deprenſa eſt vacuis apud illos pagina chartis.

Sed hæc res periculô haut caret, ut monui *in tr. de Legatis. c. ult. num.* 4. Sic & in Concilio Chalcedonenſi, Orientales ſunt conqueſti, ſe in Synodo Epheſina. 2. violenter fuiſſe coactos, ut in pura ſubſcriberent charta. Caranza. *tr. d. Concil. fol. m.* 147. Et Wenceslaus Imp. inter alia, eam ob cauſam ab Imperio remotus fuit, quod miniſtris ſuis dabat chartas puras, in quibus poterant inſcribere quod lubebat. Dn. Meibomius *Chron. Riddagshuſ. fol.* 58.

3. *Quatenus pupillus vel minor obligetur.*

PUpillus ſine tutoris ſui auctoritate contrahens, ne quidem naturaliter obligatur. Niſi locupletiorem ex iſtis obligationibus factum eum eſſe, probetur. vid Gæddeum. *tr. d. ſtipul. cap.* 7. *concl.* 12. Vultei. *diſcept. ſcholaſt.* 16. Arum. *tr. d. mora. cap.* 6. *num.* 8 *&c.* Dn. Reiner. Bachov. 1. *miſcell. cap.* 12. Lyclama. *membr.* 6. *Eclog.* 19. ego, *in tract. de mutuo. c.* 17. Tunc enim civiliter obligatur (in quatenus ſcilicet locupletior factus fuit) per novam D. Pii conſtitutionem. *l.* 3. *ff. commod.* Quæ tamen obligatio civilis, intuitu veteris juris, adhuc obligatio naturalis indigitatur. in *l.* 3. *in pr. d. auct. & conſenſu tutor.*

Multa huic, per ſe veriſſimæ ſententiæ obſtare videntur, quæ ut operoſiùs removeantur, operæ pretium haut eſſe videtur:

tur: cùm & id à me jam factum ſit ex parte. *in d. cap. 17. mei de mutuo tractatûs.*

Sic & pubes minor, curatorem habens, ſine eo haut civiliter obligatur: niſi in quantum locupletior eſt factus. *l. 5. Cod. d. in integr. reſtitut.* vid. Gœdd. *ad l. 21. d. verb. ſignif.* (ubi Dn. Vultei contraria opinio pluribus reprobatur) Robert. *1. animadverſ. cap. 13.* Lyclama. *in membr. ult. cap. 15.* Verùm, ut hodie juramentum, ita olim ſtipulationem, etiam minores ligaviſſe, probabile eſt. ego. *d. tr. d. mutuo. cap. 18.* Sicque non obſtat. *l. puberes. 101. & l. ult. §. 2. d. verb. obligat.* Dn. Bocer. *in diſp. Candidat. theſ. 15. innitâ tr. d. Monetis.* quibus alii aliter reſpondere conantur.

4. Mutatio Monetæ.

SI certi generis nummi, puta centum Ioachimici, ut Ioachimici, (gute harte Thaler/ ſo nicht zu Gülden angeſchlagen worden) non certa ſumma in Ioachimicis (nicht tauſend Gülden an Thalern/) fuerit data: tum in eodem genere monetæ reddi debent. Man muß die Thaler wieder in ſpecie heimgeben. Idem eſt de aurea moneta (ſi alicui, verbi gratiâ, mutuò dati ſint (hundert Rheiniſche Gülden an Gold/) quæ ſi non reperiatur!, oco rei ſuccedit intereſſe. Maſtrillus. *lib. 1. deciſ. 7.*

At ſi nummus quidam imaginarius fuerit datus: ut apud nos ſunt floreni (à Florentinis aureis, unde & Gülden/ à Gold/ nunc deperditis ferè,) efficti, ac etiam apud Saxones Taleri ita ſimpliciter dicti, (ſchlechte Thaler) tunc quidem in aliâ, quàm quæ numerata fuit monetâ, ſolvi poteſt; ſi modò non ſit temporalis (moneta pro tempore, quæ tamen multis ſine dubio æternam damnationem procuravit) nec à bonitate tam intrinſeca, quàm extrinſeca veteris nimiùm recedat. Qua de quæſtione vide latè diſputantes Molinam *d. iuſt. & iur. tom. 2. diſp. 400. 406 410. &c.* Colerum. *d. proceſſ. executiv. part. 1. c. 10. num. 14.* Andr. Gerhardi. *diſp. Inſt. 12. q. 6.* Ant. Fabrum. *in tr. d. varior. numar. debitor. ſolut. & in Cod. tit. d. ſolut.* Cothman. *conſ. 36.* Habet quoque hâc de re aliquot reſponſa, Petr. Surd. Jacob. Aleman. *in palaſtra Conſult.* Dn. Henric. Bocer. *tr. de monetis, ſparſim,* & Frider. Mart. *de cenſib.* & nupera, paſſimque proſtantia variorum conſilia, monetæ inauditam, & pernitioſam immutationem concernentia. Quorum & nonnulla à me, tam Auguſtæ Vindelicor. quàm Tubingæ vulga-

b ta fue-

ta fuerunt. dixi etiam eâ de re ego nonnihil. *in d. tract. d. Mutuo. c. 9.*

Subjungo & politicum axioma, cujus etiam *in tract. meo d. Maieſt.* feci mentionem:

Wie die Welt / ſo iſt das Gelt /
Wie das Gelt / ſo iſt die Welt.

TIT. II.

DE JUREJURANDO, &c.

5. *An liceat jurare? & de ſolennitatibus ac forma Iuramenti.*

QUamvis in foro, quem animæ vocant, non ſit differentia inter ſimplicem loquelam & juramentum: in foro tamen contentioſo, ubi cum tolerabilibus quoque eſt converſandum, remedium hoc neceſſarium reputatur, licitèque adhibetur. Becanus. *in manual. lib. 4. c. 5.* Quo intuitu etiam Matt. 5. dicitur: *omninò non eſſe iurandum, noſtramq́; loquelam eſſe debere: Eſt, eſt, non, non, &c.* Ægid. Hunnius. *in comment. ad Matth. c. 5. ad verba: rurſum audiviſtis quod dictum fuerit, &c.* Danæus. *2. Ethic. Chriſt. cap. 9. à pr.* Covarruv. *in c. quamvis, part. 1. relect. §. 6. num. 1. d. pactis. in 6.* Petr. Gregor. Tholoſanus. *in ſyntagm. Iuris. lib. 50. c. 3.* & dixi ego. *diſp. d. Iurament. 1. th. 3.*

Et quis quæſo juramentum improbaret, cùm etiam D. Paul. ſæpe juràſſe legatur. *Roman. 1. v. 9. Teſtis mihi eſt Deus. 2. Cor. 1. v. 23. Teſtem invoco Deum in animam meam. Philipp. 1. v. 8. 1. Timoth. 5. v. 21. & in Epiſt. ad Hebraeos. c. 6. v. 16.* Affirmat, omnem controverſiam finiri per juramentum.

Variæ autem & multiplices apud Prophanas gentes, juramentorum formulæ fuerunt, atque conceptiones, ac etiam ritus. de quibus Rauchbar latè. *2. quaſt. 2. à princ.* adde Scultet. *in obſervat. ad Mattha. cap. 12.*

Licita & recta, proba ac legitima illa jurisjurandi formula reputatur, quæ concipitur in nomine DEI omnipotentis. *l. ſi quis maior. 41. C. d. tranſact. can. & iurabunt. 22. q. 1.* Sunt & formulæ, quæ quidem non explicitè, ſed implicitè tantùm & ſenſu, Dei nomen complectuntur, vel obliquè ad DEUM referri poſſunt. Vt ſi quis juret: *per cœlum, per terram, per baptiſmum, per animæ ſalutem, &c.*

Quas

Quas formulas juri non adeò contrarias eſſe autumant nonnulli. Rauchbar. *d. loc. n. 40. &c.* Sancti enim non tam per creaturas, quàm per auctorem creaturarum jurabant: nec in creaturis aliud, quàm creatorem ipſarum venerantur. *can. movet. 22. quaeſt. 1.* Eoque tantùm intuitu, Chriſtus Salvator noſter, *Matth. 5. verſ. 34. &c.* ac Jacob. *c. 5. verſ. 12. per cœlum, terram, Hieroſolymam, &c.* prohibuit jurare, ſi ſcil. in his creaturis vis atque finis juramenti conſtituatur, iiſque reverentia, & cultus Deo debitus exhibeatur. Adde Guilh. Stuckium. *tr. d. ſacris & ſacrific. Gentil. f. 90. &c.*

Hodie formula eſt communis, Ich ſchwör zu GOtt / und auff ſein Heilig Evangelium. Item alß mir GOtt helff / und ſein Heilig Evangelium. *Sic me Deus adiuvet, & ſancta hac Evangelia.* cujus mentio fit *in c. ego. 4. ext. d. iureiur. clem. 1. §. hocque eodem. in fin. t. eod.* Ac quæ etiam juramentis, in ſanctionibus S. R Imperii inſerta reperitur. Hanc item in conſtitutione religionis Paſſavienſi, aſſeclæ Auguſtanæ confeſſionis, ut legitimam ac verbo Dei non repugnantem agnoverunt; licet verba de Evangelio, nonnullis in locis omittantur: quemadmodum etiam Weſemb. *in parat. h. num. 6.* ſuperſtitionem ibi quandam ſubeſſe velit, ipſe forſan hac in parte nimis ſcrupuloſus.

Fidei autem nudæ præſtationes, quamvis cum juramentis à pari procedere, adeòque æquipollentia eſſe videantur; *cap. ad aures. 3. & ibi* Panormit. *de his, quæ vi metuſve cauſ.* non tamen hoc procedit, quoad omnes effectus juramenti.

Non enim, qui frangit fidei politicæ præſtationem, eâdem afficitur pœnâ, quâ is, qui violat jusjurandum, Rauchbar. *d. l. num. 74.* niſi fides Chriſtiana fuerit obligata. Bey meinem Chriſtlichen Glauben. Schæffer. *tom. 3. q. 8.* ubi etiam tradit: rectâ ac genuinâ juris ratione inſpectâ: non minùs ab implicitis juramentis & promiſſionibus ſub fide Chriſtianâ factis, abſolutionem neceſſariam eſſe; quàm à cæteris, quæ expreſſè invocatô divinô nomine expediantur.

Inſuper juramenta expreſſim vivâ voce, vel in Inſtrumento, citra ſolennitatum obſervationem, interpoſita; eandem quidem vim & efficaciam obtinent, quam habent juramenta ſollenniter & corporaliter digitis ſublatis, ſcripturâ tactâ, &c. quæ præſtita fuerunt; quoad obſervantiam promiſſionum, vinculum contra-

 ctuum,

ctuum, vel fidem conventionum adſtringendam, & remedia reſceſſoria excludenda: ſed tamen ſufficientia non ſunt, nec aliquam vim habent; ubicunque jura expreſsè ſollenne aut corporale, vel pro forma, aut ad ſubſtantiam, vel actûs ſoliditatem juramentum requirunt. Rauchbar. *d. loc. num. 76.*

Hujuſmodi itaque juramentum corporale & ſolenne exigi, nec ſufficere aliter illud præſtitiſſe, adnotat. *d. l. num. 90. &c.* Andreas Rauchbar in aliis quoque caſibus, putà: in Magiſtratibus, judicibus, Officialibus vel aliis, qui ſuſcipiunt adminiſtrationem: In Vaſallis & ſubditis qui ſuis Dominis jurant: Vbi jusjurandum eſt præſtandum, judice deferente vel approbante: In teſtibus, tutoribus: Si minores vel puberes, abſque reſtitutionis vel nullitatis vitio contrahere velint: Si mulieres pro maritorum debitis intercedant: Si filiæ renuntient paternæ hæreditati.

Sed hîc neceſſarium eſt, ut Schæfferum. *volum. 3. quæſt. 9.* audiamus: Qui in illa quæſtione, *An mulier iuratò renuncians Velleiano, vel intercedens pro marito, rectè firmet actum ritibus omiſſis?* diſtinguit inter verba juratam importantia fidem, & externos ac indifferentes ritus: ut nempe etiam abſque his, ſi dicat ſo wahr mir GOtt helff / vel ſimile quid, valeat, quod actum fuit, add. quæ dixi *diſp. d. iuram. 1. theſ. 13.*

Qui idem *part. 1. quæſt. 36.* ex prædicta ratione, non ſufficere cenſet, ſi mulier etiam nobilis, renuncians dicat: Bey ihren Fräulichen oder Adelichen Ehren / und wahren Worten / an eines Aidesſtatt/ꝛc. Vt & generalis cautio vel promiſſio de ſervando conventa, ſub clauſulâ: *Loco iuramenti.* Item *ſub fide interpoſitione,* Ich will alles halten/ was ich zugeſagt hab/ an Aidesſtatt/ bey meinen Trewen / Ehren / Würden / wahren Worten/ und Glauben/ꝛc. non habere videtur vim juramenti: Speckhan. *1. quæſt. 4.* nec firmat contractus, ubi abſque juramento non illi valent, cùm deſtituantur ejuſmodi formulæ aſſertione religiosâ, in qua ſubſtantia juramenti conſiſtit. Quòdque contrarium receptum eſſe ajunt in illuſtribus perſonis, nec hoc jure, ſed uſu, & conſuetudine non ſatis etiam certâ, niti videtur. v. *Deputat.* Abſch. *d. An. 600.* §. wann in einer Verſchreibung. Petr. Frider. *d. Mandat. cap. 71.* Dn. Kellenbenz. *d. renunt. quæſt. 3.* Nolden. *tr. d. Statu nobil. cap. 12. num. 50. &c.* ego *d. diſp. theſ. 15. &c.* Niſi jurans ſit Princeps abſolutus, ubi res redit ad terminos meri juris naturalis atque divini;

vini: vigore cujus, ut jam paulò ante dixi, non eſt facienda differentia inter loquelam ſimplicem & juramentum. Sicque eleganter Hiſpani dicunt: *Verbum Regis, magnum eſt Sacramentum.*

6. *Vis & effectus juramenti, quod contractibus aliàs invalidis adhibetur.*

JUre Civili major 25. annis contraveniens tranſactioni, vel pacto jurato, per Deum, multis plectitur pœnis, quæ continentur. *in l. ſi quis maior. 41. C. d. tranſact.* vid. Bologn. *ad d. l. ſi quis maior.* Fachin. *controv. 1. c. 11. 12. 13.* Sed quamvis non deſint, qui has etiam pœnas locum habere dicant, licet nonniſi culpâ fuerit juramentô roboratæ tranſactioni contraventum. Sed tamen Bertazolius, *in eleg. repet. h l. qua eius tractatui clauſularum eſt ſubiuncta, quaſt. 3.* tenet, quòd culpa faciat quem perjurum, quoad actum, non quoad reatum, & ſic pœnam. Hocque reſcriptum etiam fœminas concernit, Bertazol. *d. l. quaſt. 6.* Ait enim Imperator, *ſi quis.* Et conſtat genus maſculinum comprehendere fœmininum, etiam in proprio ſignificatu: *l. 1. d. V. S.* Idemque locum habet, ſi quis promittat per fidem, quam ipſe habet in Deum, vel fidei religionem, vel aliàs implicitè continentem aſſertionem religioſam: non ſi quis ſimpliciter ſub fide ſua ſpopondiſſet. Bertazol. *d. l. quaſt. 36. & ſeqq. mult.* ubi ait, in hoc poſteriori caſu, eſſe contractum quidem obſervandum, ſed non propterea contravenientem incurrere pœnas.

Punitur autem perjurus infamiâ, ſi contractum non obſervat, hocque ſpeciale hîc eſt, non ſi contraveniat juramento extra contractum: putà, ſi quis juraverit obedire Rectori. Bertazol. *quaſt. 42.* Incurrit etiam pœnam conventionalem. Privatur inſuper actione, hoc eſt, agere nequit contra contractum juratum. Bertazol. *quaſt. 44.* qui idem & alias pœnas hujus legis recenſet, & enodat.

Sed magnum adhuc robur, jus noviſſimum *in auth. ſacramenta puberum. Cod. ſi adverſus vendit.* tribuit juramento: Quâ nempe cautum eſt, contractus etiam à minoribus puberibus, jurejurandô ſine vi & metu confirmatos, omninò obſervandos eſſe. Eſtque hæc authentica translata. *ex. §. item ſacrament. tit. d. pace tenenda.* Quam auth. eleganter & paucis, ſatis tamen luculenter Parlado-

rius explicavit. *lib. 2. rer. quotid. cap. 4.* ubi probat, eam locum habere non ſolùm in validis contractibus, ut tollat reſtitutionem, ſed & irritis ac nullis. Locum ei quoque eſſe, licet minor habeat curatorem: etſi verbotenus tantùm, nec ſimul tactis Evangeliis juret.

Etſi autem in dicta authentica ſanciatur, juramenta puberum ſpontè facta ſuper contractibus rerum ſuarum, inviolabiliter eſſe cuſtodienda: (Vbi verbum inviolabiliter, videtur tollere omnem relaxationem: cùm aliàs via perjuriis aperiretur. *contra c. ſi verò extr. de iureiur.*) Nihilominùs tamen læſio enormis, ſcil. quæ dimidium excedit, talem contractum reſcindit Peguera. *deciſ. 153.* Iuramentum enim, ſolùm minorem majorem efficit, non verò remedium læſionis ultra dimidium; etiam majoribus competens, excludit.

Contra juris civilis rationem ac prohibitionem, pactum vel contractus juramentô roboratur. Ita de aliementis futuris, etſi non tranſigi poſſit, abſque judiciali cognitione: tamen ea tranſactio juramentô acquirit vires. Coler. *d. alimentis. 2. cap. 8. numer. 24. &c.*

Minùs dubii habet, quin juramenta ſuppleant defectus inſinuationis, aliarumque ſolennitatum: Si nempe illæ ſolùm favorem partium concernant. Peguera. *deciſ. 148.* Vnde, ſi donatio ex ſtatuto requirat inſinuationem, reſpectu creditorum ipſius donatoris; illum defectum, in tertii ſcilicet præjudicium tendens juramentum, reſtituere nequiret.

Viciſſim renunciatio generalis jurata, etiam cum latiſſimis clauſulis, & omni auxilio legum; minimè comprehendit id, quod in renuntiatione non fuit ſpecificatum, vel aliàs incognitum aut non cogitatum. Peguera. *deciſ. 46.* Talis namque renunciatio, donatio eſſet. *l. ſi mulier. 10. d. condict. ob cauſ.* Cùm autem ignorans haut cenſeatur donare; *l. nec ignorare. 10. C. d. donat.* nil mirum eſt, ſi renunciatio utcunque generalis, ad ignorata haut trahatur.

Sic item juramentum à latrone, vi vel metu extortum, minimè valet. Rauchbar. *lib. 2. quæſt. 4.* Quamvis enim Theologi majori ex parte velint, juramenta vi & metu, de re pecuniaria præſtita, omnino obſervanda eſſe; ſed tamen diſſentiunt tam Pontificii, quàm Cæſarei Interpretes juris: ac tantùm per reſtitutionem,

tionem, abſolutionem, relaxationem, vel diſpenſationem evacuari.

Et certè licet animæ damnum, quod perjuriò conciliatur, gravius ſit jacturâ quâcunque rei familiaris; non tamen juramentum debet eſſe vinculum iniquitatis, ſed veritatem, juſtitiam & judicium comitem ſi non habet, irritum reputatur. *c. etſi Chriſtus, 26. ex. d. iureiur.* Nec putandum, juramentum illud ſalvâ conſcientiâ obſervari poſſe; niſi ab ejus adimpletione abſit peccatum, tam ex parte dantis, quàm accipientis. arg. *c. 1. & c. debitores. 6. ex. d. t.* Sic licet Deus optimus Maximus in 2. decalogi præcepto, nominis ſui profanationem prohibeat ſeverè, non tamen eum velle illud laqueum conſcientiarum eſſe, exinde pateſcit; quia ſi filia vel uxor foveat quid, inſciò patre vel maritò, illudque votum juramentò confirmet; nihilominus contradicente ſtatim patre vel maritò, illud irritatur. Quia filia vel uxor, non ſui juris, ſed in poteſtate patris vel mariti fuit. *Numer. 30. v. 4. & c. c. ſi quis præventus. 22. q. 4. c. mulierem. 33. quæſt. 5.* Pari ergo ratione, inania & invalida ſunt juramenta, præſtita ab eo, qui cùm juraret, ſub poteſtate latronis, & ad jurandum vi vel metu compulſus fuit. Idque eò magis, quòd filiæ vel uxoris votum, per ſe licitum, factum verò latronis ſceleratum, ac promiſſioni turpi & ſcandaloſæ adhibitum fuit.

Sic in Ord. Camerali, *part. 2. c. 24.* ad effectum agendi, jubentur relaxari juramenta, de non vindicando carcere, vel tortura: utcunque ſolennibus clauſulis juramentum illud fuerit vallatum.

Non impedit, quod Joſua, & populi Iſraelitici Primores, divino oraculo juſſi ſunt ſervare juramentum, quamvis illud erroneum, captioſum ac illicitum eſſet. *Joſua. c. 9.* Sed ibi termini planè impares fuerunt. Agebatur inter populos liberos utrinque, ubi valebat bellicum jus, & ita vis ac metus non prohibitus erant. Eſt & fides hoſti indifferenter ſervanda, licet à victo, metu majoris mali, ea præſtetur. Et nec Iſraelitarum illud jusjurandum omni ex parte inviolatum manſit: ſed mors in ſervitutem commutata fuit.

Aſt in vita privata, dum contractus jurati nimis frequentantur, cùm multa iniqua promiſſa incruſtentur, legumque ſanctiones æquæ & providæ eludantur: factum inde eſt, ut multorum

rum locorum ſtatutis prohibitum inveniatur, ne juramentum contractibus adjiciatur: quale etiam in Hiſpaniis viget. Parlador. *2. rer. quotid. c. 4. f. 248.*

Ac licet dubitari queat, *Num iuramentum, tanquàm res ſpiritualis, ad Principis ſecularis pertineat iuriſdictionem?* argum. *c. venerabilem. 34. ex. d. elect.* Et tamen quatenus leges Laicorum prohibent, ne contractibus juramenta adjiciantur, atque tranſgreſſores pœnis afficiuntur (non autem vis & efficacia juramenti irritatur) juſtiſſimas eſſe puto.

Denique *An contra iuratum contractum agere vel excipere volens, prius audiendus ſit, quàm obtinuerit iuriſiurandi abſolutionem ad effectum agendi, ſeu excipiendi?* dubitari ſolet. Vbi cum Parladorio. *d. loc. num. 54.* arridet mihi majorem in modum Abbatis ſententia. *in c. cùm contingat. de iureiur. numer. 3. & 21.* ita diſtinguentis. Aut Iuramentum, inquit, fuit præſtitum ſuper contractibus jure non prohibitis, & omnino eſt neceſſaria jurisjurandi abſolutio, etiamſi metus vel dolus acceſſerit contractui: aut verò juramentum fuit præſtitum ſuper contractibus jure prohibitis, ut puta in alienatione rei dotalis, & eo caſu ſi dolus aut metus acceſſerit contractui, ſecurè poterit actor ſtare in judicio abſque Iuramenti abſolutione: atque hôc pactô reducit Panormitanus textus. *in c. verùm. 15. & c. ſi verò. 8. d. iureiur. c. cum contingat. 28. eod. t.* in concordiam, qui alioqui non mediocriter diſſidere videbantur.

Meminiſſe quoque debemus, ad hanc abſolutionem, quæ ad effectum agendi vel excipiendi petitur, neceſſe non eſſe, ut adverſarius citetur: quæ Authorum crebrior ſententia eſt. Afflict. *dec. 220. num. 10.* Covarruv. *lib. 1. var. c. 4.* Rol. à Vall. *conſ. 13. & 34. lib. 1.* ut & *conſ. 2. ac 50. lib. 2.* Peguera. *dec. 188.* Mynſinger. *6. obſervat. 84.*

Ex hac enim abſolutione minimè læditur adverſarius, cùm tantùm ad cautelam indulgeatur, ut poſſit ſcil. pars abſque perjurii metu jure ſuo experiri: cæterùm ſuo Marte cauſa debet decurrere, adverſariô jure ſuo integrô manente. Proinde ſi apud judicem Eccleſiaſticum, principaliter de juramenti viribus, *h. e.* de contractûs reſciſſione ageretur, ibi citandus eſſet adverſarius, ſicut rectiſſimè animadvertit Alciatus. *in c. cum contingat. n. 124. d. iureiur.* & Covarruv. *lib. 1. var. c. 4. num. 5.*

Neque

Neque illud omittendum erit, ſi in contractu (ut plerunque fieri ſolet) juraverit contrahens, non petiturum ſe abſolutionem juramenti; oportere, ut hujus quoque alterius juramenti petatur abſolutio, ſicut admonet Afflict. *dec. 30. num. 5.* Sed & illud quoque cavendum eſt, ut abſolutio petatur, priuſquam perjurium debitor incurrat, alioqui abſolutio erit nulla. Joan. And. *in c. debitores. de iureiur.* Abb. *in c. 1. eod. t. n. 13.* Alex. *conſ. 17. vol. 7.* Brunus *conſ. 46.*

7. *De pœnis perjurii, traditis in jure civili.*

Pœnam perjurio impoſitam eſſe jure civili, etiam præter eas, quæ *in l. ſi quis maior. 41. Cod. d. tranſact.* referuntur; probari poteſt non auctoritate ſolùm multorum inſignium Interpretum juris: vide Jacobum Menoch. *2. arbitr. caſ. 319.* Sed & textibus expreſſis. Sic enim *in l. ult. ff. d. crim. ſtellion.* reſpondet JC. *De periurio ſi ſua pignora eſſe, quis inſtrumento iuravit, crimen ſtellionatûs eſt, & ideo ad tempus exulat.* Parilia habentur *in l. ſi duo. 13. §. ult. ff. d. iureiur.* Sic *in l. ult. d. in lit. iur.* reſpondetur indefinitè: *de periurio eius, qui ex neceſſitate iuris in litem iuravit, non facilè quari.* Ergo hoc fit, ſi juramentum voluntarium exiſtat. Et meminit Cicero animadverſionis Cenſoriæ in perjuros, ac ait: Cenſores nullâ de re diligentius, quàm de jurejurando judicâſſe. *3. offic.*

Sed contrarium edocere conantur multi ex *l. 2. Cod. d. rebus cred. & iureiur.* ubi reſcribit Imp. Alexander: *Iuriſiurandi contempta religio, ſatis Deum ultorem habet. Periculum autem corporis vel Maieſtatis crimen, etſi per Principis venerationem quodam calore fuerit peieratum, inferri non placet.* Habetur ejuſdem & aliud reſcriptum, perquam ſimile jam dicto, *in l. alienam. 2. Cod. ad L. Iul. Maieſt.* ubi, *alienam* inquit, *ſecta mea ſollicitudinem concepiſti, quaſi crimen Maieſtatis ſuſtineres, ſi ſervo tuo iratus eſſe non perſeveres, quod ſemper te facturum inconſultè iuraveris.* Non placet hic, quod Fachin. *libr. 1. controv. cap. 14.* & ante eum Tiber. Decian. *crimin. lib. 6. cap. 13.* ingerunt: ut qui per Deum pejeravit, Deum ultorem habeat, qui verò per Principem, ultorem habere eundem: præterquàm eo in caſu; quo quis inconſultò quodam calore per Principem pejeravit. Conſentit Petr. Perrenon. *2. animadverſ. cap. 8.* Et Cujac. *2. obſerv. cap. 19. ac lib. 8. cap. 7.* Sed

 magis

magis placet mihi ſententia eorum, qui abſque diſcrimine, ſive per Deum, ſive per Principem fuerit pejeratum, pœnæ locum eſſe dicunt: cùm longè gravius crimen ſit, æternam quàm temporalem lædere Majeſtatem. Et etiam Romani, Polybio teſte. *lib. 6.* Religionem & integritatem juris jurandi conſervârunt. Ac taxat ſui ſeculi mores corruptos Iuvenalis:

In fortuna iam caſibus omnia ponunt,
Et nullo credunt mundum rectore moveri,
Atque adeò intrepidi quacunque altaria tangunt.

Sic Pindar. *Olymp. od. 2. Apud honoratos Deos, illi qui gaudebant fidelitate in iureiurando, illacrumabili fruuntur avo. Alii autem viſu horrendum tolerant cruciatum.* Et certè non video, quomodo perjurium ferre debeat impunè, qui alterius incommodô, ſive in tertii præjudicium, violat juramentum, ſive illud Deum, ſive Principem concernat. Deus quidem vindicat injuriam ſibi pejerando illatam: ſed & ad externum pertinet forum, ſi conſultò hoc fiat, & ſimul auctoritas judicialis, vel tertius quis læditur: ſi nempe in negotio contrahendo, fraudandi alterius causâ, aut in judicio cùm jusjurandum delatum eſſet, pejerârit quis. Si verò calore quodam, tam per Deum, quàm Principem fuerit pejeratum: excuſationi eſt locus, & quaſi cogitatione ſolùm delictum videtur perpetratum. Ac licet & eo in caſu, ubi per Principem eſt pejeratum, putare quis poſſet, Principem ſuam injuriam debere vindicare; attamen & tunc calor inconſultus veniam meretur. Sicque conſequenter *in d. l. 2. Cod. de reb. credit.* utroque membrô agi puto, de perjurio inconſulto, non in judicio, vel in tertii præjudicium perpetratô. Sed in poſteriori membro major fuit ratio dubitandi: cur Princeps debeat omittere injuriæ ſuæ vindicationem. At enim & in caſu prioris membri, non planè excuſatur delinquens, ſed divinæ ultioni reſervatur. Ergo videri cui poſſet, & in poſteriori caſu, Principis ultioni locum eſſe. Sicque qui juravit per Deum (calore) ſolum Deum: qui verò conſultò, (per Deum) etiam Magiſtratum vindicem habet: ut pluribus. *in diſput. de iureiur. 1. theſ. 17. &c.* dixi, ac etiam placet Duareno, *lib. 2. diſp. cap. 37.* Joh. Roberto. *2. ſent. 20.* & Cyriaco Herdeſiano *in tr. d. periurio ſingulari.* Rauchbar. *2. quæſt. 3. numer. 36. &c.* Eſt etiam pœna perjurii ſingularis conſtituta, vel quæ priùs conſuetudinis erat, approbata, in Conſt. crim. Carol. V. *art. 107.*

ampu-

amputatio nempè duorum digitorum, da einer ein gelehrten Meinaid ſchwöhret / ſo derſelb Aid zeitlich Gut antrifft. Quòd & fit, ſi quis relegatus redierit, unâ atq; alterâ vice. Moller. *ſemeſtr. 2. cap. 38.* Berlich. *5. concl. 72. & ſeqq.* Art. item ſubſequens 108. tractat de pœna deren / ſo ein geſchwohrne Vrphed brechen.

Sed cautio de non ulciſcendo, non adimit publicam & juridicam vindictam. Non obſtante enim juramentô, nihilominùs poſtea iniquitas incarcerationis vindicari poteſt. Sailer. *in ſelect. Cameral. ſent. d. An. Chriſti 1561. Octobr. 10.* Schurff. *conſil. 87. cent. 3.* Natta. *conſil. 42.* Idque tam contra Iudices, quàm delatores. Ludov. Roman. *conſil. 183.* Nec valet juramentum, ſi quis eò adigatur, ut etiam renuntiet juridicæ vindictæ. Sichard. *conſil. crim. 9.*

8. Suppletorium juramentum.

JUramentum, quod in ſupplementum probationis defertur (de quo Dd. *in l. admonendi.* & inprimis vid. Bolognet.) duplex eſſe videtur: actori ſcilicet delatum, & id in ſpecie ſuppletorium dici ſolet; cùm actori probationis onus incumbat. Et purgationis, reo nempe quod defertur. Vtri autem debeat deferri; arbitriô judicis eſt relictum. *d. l. admonendi. 31. ff. h.* ubi JC. non adſtringit Iudicem, in dubiis cauſis, uni magis quàm alteri hocce juramentum deferre. Speckh. *cent. 1. q. 46.* Defert autem judex hocce juramentum actori, ſi ſemiplenè probaverit ſuam intentionem. Sed tamen conſiderare debet Iudex ante delationem (1.) Qualitatem perſonæ, ſemiplenè probantis: hoc eſt, dignitatem, conditionem, & fidem. (2.) Qualitatem & naturam cauſæ, an ea hocce juramentum admittat nec ne. (3.) Quantitatem ſummæ, ſive rei, de qua contenditur & certatur. (4.) Scientiam vel ignorantiam ejus, cui hoc juramentum eſt deferendum. Beuſt. *in d. l. admonendi. pag. 287. & ſeqq. num. 147.* Sichard. *in l. bona. f. 3. num. 50. Cod. h.* Habet & Schæffer. *p. 3 qu. 30.* aliquot caſus, ubi huic juramento non eſt locus. Juramentum verò purgationis reo defertur, ubi tales præſumptiones, vel leviores probationes reum gravant, quæ ad condemnandum, vel ſuppletorium juramentum actori injungendum, non ſufficientes exiſtunt: ſed tamen priùs removendæ ſunt, antequam purè abſolvatur. Vbi quæritur, *An is, cui purgationis juramentum eſt injunctum, hujus juramenti evitandi causâ, ad innocentia probationem admitti queat?* Quâ de re diſſonâ præju-

Digitized by Google

dicia refert. Rauchbar. *2. quæſt. 3.* & in affirmantium caſtra ſecedit rectè. Vbi etiam *num. 30. & ſeqq.* docet: quatenus contra juramentum jam præſtitum, probatio in contrarium admittatur. Idque fieri poteſt in juramento à Iudice, non à parte patti delato: namque in hoc poſteriori, ſolùm quæritur, an fuerit juratum. §. *æquè. 4. Inſt. d. except.*

Tit. III.

9. *De in litem jurando.*

COmmunis quidem opinio videtur, quòd in omnibus bonæ fidei judiciis, juramentum in litem admittatur; Sed tamen juri, & æquitati magis convenire puto, ut dicamus: locum ei ſolùm tunc eſſe, cùm agitur de re reſtituenda, vel exhibenda. Arum. *diſput. ad ll. præcip. 11. theſ. 12.* vid. meam diſp. *de iuretur. 4. theſ. 6. & ſeqq.* Et facit pro hac opinione. *l. 1.* ibi: *contumacia non reſtituentis. l. 2. in pr.* ibi: *ſive noſtrum quid petamus, ſive ad exhibendum agatur. h. t.* Cùm ergo in actione empti, agatur de re tradenda, non reſtituenda vel exhibenda. *l. ex empto. 11. d. act. empt. l. 1. d. rer. permut.* inibi in litem non poterit jurari. Bronchorſt. *2. evarl. 32.* Ant. Faber. *6. coniect. cap. 17.*

Nec item ratio hujus juramenti militat eo in caſu: Actor enim, qui jurat in litem, rem ſuam reo vendere dicitur. *l. 7. §. 1. d. public. in rem act. l. 3. pro empt. cum ſimil.* Quilibet autem rei ſuæ pretium quodcunque voluerit, definire poteſt, *l. ſi cum dos. 8. §. fin. & l. ſeq. ff. rer. amot. l. item ſi pretio. 22. §. ult. ff. locat.* Quod certè tunc eò magis procedit, quòd adverſarii contumaciâ, rem noſtram quaſi vendere cogamur. *l. qui reſtituere. 68. d. rei vind.* contra regulam *legis 11. Cod. d. contrah. empt.* ego. *dict. diſp. theſ. 4.*

At verò emptor, qui agit ad rem tradendam, rem, quam ſibi tradi expetit, reo vendere nequit: quia ſcilicet emeret rem ſuam, quod fieri nequit. *l. 16. d. contrah. empt.*

Inde nuſpiam in jure reperitur, in empti actione, ob non traditam rem, in litem jurari poſſe. Sicut id de depoſito, *l. 1. §. 26. depoſ.* commodato, *l. 3. §. 2. commod.* locato, *l. 48. §. 1. locat.* tutelæ, *l. 8. h. t.* ſimilibuſque reſponſum invenimus. Quin imò *in l. ſi traditio. Cod. d. act. empt.* reſcriptum eſt: *Quod ſi procaciâ venditoris, res vendita non tradatur, fieri condemnationem, quanti intereſt empto-*

ptionem compleri. Pugnant autem inter ſe, quanti intereſt, & quanti in litem juratur: ibi nempe veritas, hic affectio locum habet.

Nec obſtat, quod in *l. 5. in pr. h. t.* generaliter & indefinitè reſpondetur: *In actionibus in rem, & in ad exhibendum, & in bona fidei iudiciis, in litem iurari.* Verba enim illa generalia ex aliis legibus ſunt reſtringenda: & magis poſita ſunt ad excludenda judicia ſtricti juris, quàm ad includenda omnia quæ bonæ fidei habentur. plura ad hunc titt. habet Bolognetus.

TIT. V.
DE CONDICTIONE OB TURPEM VEL INIUSTAM CAUSAM.

10. *An qui pecuniam Judici dedit, ut ſecundum ſe judicet in bona cauſa, eam repetere queat?*

NUnquam datur repetitio ex hoc capite, ſi dantis & accipientis turpitudo verſatur. *l. 3. h. l. 4. in pr.* putà, ut fieret furtum, ut malè quis judicaret: quia conventio hæc invitat ad delinquendum. Quod idem dicendum eſſe puto, ſi quis det, ut ſecundum ſe in bona cauſa Iudex ſententiam ferret. Quâ de re, ita reſpondet JC. Ulpian. *in l. 2. §. 2. h. ſi dedi, ut ſecundum me, in bona cauſa Judex pronuntiaret, eſt quidem relatum, condictioni locum eſſe; ſed hic quoque crimen contrahit. Judicem enim corrumpere videtur; & non ita pridem Imperator noſter conſtituit, litem eum perdere.* Vbi per voculam adverſativam *ſed,* corrigitur opinio relata, & ponitur cauſa negationis. Donell. *14. com. cap. 25. à princ.* ubi Hillig. *lit. C.* Qui enim contrahit crimen, eo ipſo turpiter agit, & repetitio ei denegatur. Non ſi det, ut celeriùs cauſa expediatur: quod poſteriùs Covarruvio placet *ad cap. peccatum. p. 2. relect. §. 3. n. 1.*

Aliud quidem reperitur *in c. non ſanè. 14. quæſt. 5.* quòd nempe ſoleat tanquam malè ſibi ablatam pecuniam, repetere, qui juſtum judicium emit. Nec etiam nego, ſi quid de jure civili dubium eſt, & in jure canonico definitur, tunc canones ſequendos eſſe. Sed tamen diſſentientem non ſequi poſſum Arum. *diſput. 11. theſ. 15.* Namque S. Auguſtinus magis factum improbare voluit,

quàm de pœna aliquid definire: ſpectat enim ad leges civiles, modos pœnarum ſancire. Nec probo quod Vaſquius, *13. ill. quaſt. 27. n. 34. &c.* dicit: amitti cauſam, ſed dari repetitionem. cùm hæc non videantur ſeparanda eſſe. Si enim amittit cauſam. aderit ex parte dantis turpitudo; ſi hoc, repetitio ceſſare debet. Adde Molinam, *de iuſt. & iur. tr. 2. diſp. 83. &c.* ubi in genere de muneribus Iudicum. Et *de eo, quod meretrici eſt datum.* v. Bœckel. *diſq. 5. num 8.*

Sed, *An pecunia, recipienda coniugis de adulterio ſuſpecta cauſâ, promiſſa, ob turpem cauſam promiſſa intelligatur.* tractat Andr. Schæffer. *1. q. 32.* ubi id autoritate Facultatis Iuridicæ Lipſienſis negat, non obſtante quod, hujuſmodi pecuniæ acceptatio in crimen lenocinii incidere videatur, *l. crimen. 2. C. ad l. iul. d. adult. l. ex lege. 2. §. 2. l. mariti. 29. §. plectitur. 2. ff. eod.* ibi: *plectitur, qui pretium pro comperto ſtupro acceperit.* Item ibi: *cæterùm, ſi gratis quis remiſit, ad legem non pertinet.* Eò quòd hodie maritus, quamvis retineat impudicam, non de lenocinio teneatur. *authent. ſed novo iure.* ubi *Dd. Cod. ad L. Jul. d. adult.* Sicque ad hoc licet aliquem vel etiam pecuniâ invitare, maxumè, ſi eam mulieris amici & propinqui, non delicti complex promiſiſſe comperiatur. Sed *de acceptis ob turpem cauſam*, vid. Molinam. *tractat. 2. diſput. 94.*

TIT. VI.
DE CONDICTIONE INDEBITI.

II. *Quamvis debitum ſibi quis recipiat; tamen, ſi is, cui dat, non debitum dat; competere repetitio cenſetur.*

ITa disertè reſpondet Pomponius JC. *in l. ſi pœna. 19. §. 1. ff. h. t.* & exemplum ſuggerit: *veluti, ſi is, qui heredem ſe, vel bonorum poſſeſſorem falsò exiſtimans, creditori hereditario ſolverit; hic enim neque verus heres liberatus erit, & is, qui dedit, repetere poterit.* Non enim debitum dici poteſt, quod nec à debitore, nec ejus nomine eſt acceptum Donell. *lib. 14. com. cap. 13.* Cujac. *8. obſerv. cap. 9.* Charondas. *2. veroſimil. 15.* Planè aliud reſpondet Paulus *in l. repetitio. 44. t. eod.* *Repetitio* ait, *nulla eſt, qui ſuum recepit, tametſi ab alio,*

ab alio, quàm vero debitore eſt ſolutum. Vix certè eſt, ut cum Budæo dicere auſim, veram hic ICC. pugnam eſſe: cùm ſupina planè negligentia foret, contraria reſponſa eidem titulo infarcire. Variè varii reſponderunt, ſcitè autem Georg. Lopez. *animad. c. 13.* in priori loco de pecunia, ſeu alia quantitate, in poſteriori de ſpecie debitam agi putat: hancque conciliationem ſuggerunt etiam in d.l. 44. verba, *qui ſuum recepit.* Cui enim quantitas ſolvitur, is non recipit ſuum; non enim nummi in individuo ipſi debentur: aliud, ſi ſpecies, quæ ſpeciatim debetur, tunc enim ex parte rei ſolutæ verum debitum eſt, & ſufficit, quâ ratione ea ad me perveniat, ſi modò bonâ fide.

Quod autem reſcribitur *in l. 5. Cod. d. petit hereditatis, Eum, qui bona fide poſſidet hereditatem, ſi contra eum pronuntietur, in reſtitutione detrahi poſſe, quod creditoribus hereditariis exſolvit, non poſſe repeti à creditoribus, qui ſuum receperunt.* Illud manifeſtam habet rationem, quia heres putativus, hoc in caſu hereditatis negotia geſſit. Et conſtat, veri debitoris nomine ſi quis ſolvat, eum repetitionem non habere, *l. ſi non ſortem. 26. §. libertus. 12. in fin. ff. h.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro XIII. Pandectarum.

TIT. I.

DE CONDICTIONE FURTIVA.

1. Condictio furtiva datur in ſolidum contra heredem.

Condictionem furtivam in heredem in ſolidum dari, disertè reſpondet Ulpianus *in l. 9. h. t. n.* ibi: *In condictione ex cauſa furtiva, non pro parte, quæ pervenit, ſed in ſolidum tenemur, dum ſoli heredes ſumus: pro parte autem heres, pro ea parte, pro qua heres eſt, tenetur.* Nihil hôc textu magis eſt apertum, & tamen

tamen Philip. Matthæus *ad l. 38. num. 22. &c. d. Reg. Jur.* aliique diſſentire audent. Ac etiam Cujac. *lib. 7. obſ. c. 37.* id juris analogiæ repugnare ait. vid. *eund. obſ. lib. 13. c. 34.* Vult. *§. plane odiô furum. num. 10. Inſt. d. act.* & *§. non autem Inſtit. de perpet. & temp. act.* Lyclama. *l. 1. dec. 18.* Cùm heres ex pœnali cauſa non teneatur, niſi lis cum defuncto fuerit conteſtata. Quin & heredem, actione quæ ex delicto eſſe videtur, non teneri, licet rei perſecutionem tantùm contineat: velut in condictione rerum amotarum. *l. ult. C. rer. amotar.* Sed verò Anton. Faber. *4 conject. 1.* ait: aliud eſſe, ſi quis dicat; heredem non teneri rerum amotarum actione in ſolidum, idque falſum eſſe dicit, nec in illa lege reſcribi: Aliud heredes in ſolidum non teneri, ſed in quantùm ad eos pervenit. *d. l. ult. C. rer. amotar.* Hacque poſteriori locutione illud ſignificari; cùm plures ſint heredes ejus, qui res amovit, ſingulos in ſolidum non teneri, ſed unumquemque pro ea duntaxat parte, quæ ad eum pervenit, cùm tamen omnes ſimul in ſolidum teneantur, quamvis nihil ad eos perveniſſe proponatur. Fachinæus *lib. 9. c. 5.* ſpeciale eſſe in furto ait: & improbat omninò Fabri reſponſionem, qui videri poteſt.

TIT. III.
DE CONDICTIONE TRITICARIA.

1. *Quid ea, & num bonæ fidei exiſtat?*

Condictio Triticaria unde habeat nomen, meritò dubitatur. Cujac. *in parat. ff. h.* & Hotomannns, *ibid. in comment.* cenſent: caſu ei inditum tale nomen eſſe; quia in antiqua formula hujuſce condictionis, quoties ſcil. ſua cuique actioni formula erat conſtituta, tritici mentio fiebat, propterea, quòd qui hanc actionem ſibi dari prius poſtulaverat, fortè ei res erat de tritico æſtimando.

Et hoc mihi magis probabile videtur, quàm quòd Duarenus *ad tit. ff. h. & ibid.* Donell. putant, eam ab auctore nomen habere, non enim alibi occurrit, quòd quis Triticarius fuerit dictus.

Per hanc autem condictionem petuntur omnes res certæ, vel incertæ, præter pecuniam numeratam. *l. 1. in princ. ff. h.* & *ibi.* Cujac. *in parat.* Per condictionem certi, res omnes certæ, & etiam

etiam pecunia numerata, non res incorporales, ſive incertæ. Et quidem Cujac. *ibid.* ac etiam ſub nomine Mercatoris. *in notat. ad animadv. Roberti. 2. c. 4.* & qui hunc nunquam non ſequitur Borcholten. *tr. d. mutuo. cap. 7. num. 95.* ſcribunt: Longè aliam triticariæ condictionis, atque certi condictionis cauſam eſſe; licet utraque ex eadem cauſa deſcendat. Namque hanc ſtrictam eſſe, hoc eſt, ſervire in ea judicem ſcripturæ contractûs, & actoris petitioni, ac ita ſui arbitrii impotentem eſſe: triticariam, arbitrariam exiſtere, in eaque æſtimare judicem, rem quæ petitur arbitriô ſuô, loci & temporis habitâ ratione. Dari ergo eam ejus rei, quæ petitur, æſtimandæ causâ. Et cùm æſtimationem recipiant res omnes, præter pecuniam numeratam; cujus utpote æſtimatio debeat eſſe conſtans atque certa: exinde pecuniam numeratam, haut cadere in hanc actionem; cœteras res omnes cadere, quæ pondere vel menſurâ conſtant, mobiles, vel immobiles, corporales vel incorporales. Sed & hanc actionem ſtricti juris eſſe, autumat Donell. *in l. 3. num. 13. h. t.* ac Johan. Robert. *2. anim. 4. at 5. & in notatis ad notata. 2. c. 4.*

Et certè non ex eo ſolo arbitrariæ actiones ab aliis diſcernuntur, quod in iis quoquo modo æſtimatio rei, officiô judicis fiat: ſed quòd Iudex in iis arbitrari poſſit & debeat, quomodo ſatisfieri oporteat actori ex æquo & bono, habitâ utilitatis, & ejus quod intereſt ratione, juxta rei naturam & qualitatem. *§. præterea. 31. ubi* Theophil. *Inſt. de action.* Plurimùm autem intereſt, num Iudicis ſententiâ fieri debeat condemnatio, in ſimplicem rei æſtimationem, an verò ex bono & æquo Iudex arbitretur, quantùm actori oporteat præſtare; non ſimpliciter, aut pretii, adaucti habitâ ratione, rem tantùm ipſam; ſed & id quod intereſt; atque utilitatem omnem, & etiam percepti lucri habitâ ratione. Et hoc in arbitrariis fit, & quandoque etiam obtinet in pecunia numerata. *d. §. præterea l. arbitrio. 19. in pr. ff. d. dol.*

Tit. IV.

3. *De eo, quod certô locô.*

QUod certô locô dari oportet, non eo tantùm loco petitur rectè; ſed & alio, citra periculum plus petitionis. Iniquum enim erat, ſi promiſſor in eum locum, in quem daturum ſe pro-

miſiſſet, nunquam accederet (& in loco contractûs, vel ubi ſolutio eſt facienda, non quis conveniri poteſt, niſi ibi inveniatur, ut *ad t. d. iudic.* dixi) Ergo utilis eam in rem actio eſt comparata, *l. 1. & paſſim. ff. h.* & quidem ex Prætoria æquitate. Duaren. *h. c. 1.* Sicque *in l. un. C. ubi conven. qui certo loco dare promiſit.* ita reſcribit Alex. *Qui certô locô, ſeſe ſoluturum pecuniam obligat; ſi ſolutioni ſatis non fecerit, arbitrariâ actione, & in alio loco poteſt conveniri: in quâ venit æſtimatio eius, quod alterutrius interfuit, ſuo loco potiùs, quàm in quo petitur, ſolvi.*

Quodque dicitur plùs petere etiam eum, qui alio loco petit, quàm quo debeatur, §. *ſi quis. 33. verſ. loco Inſt. d. act.* non huic meo enuntiato obſtat: intelligi namque id debet, ſi debitor in mora ſit, vel aliàs non bonâ fide agat, aut ſi rationem habeat actor, cur non ibi petere vel ſolutionem recipere queat. Ideo Duaren. *d. cap. 1.* talem formulam agendi præſcribit, ut Actor dicat: *Reum promiſiſſe 10. Epheſi, & quia fortè ad eum locum non acceſſit; petere ergo ut condemnetur ad ſolvendum Romæ: habitâ ratione eius, quod intereſt alterutrius, Romæ potiùs, quàm Epheſi ſolvi:* Inde, ſi quidam promittat ſolvere Epheſi, creditor eum Romæ conveniat, reus autem fateatur ſe Epheſi facilè ſoluturum, & per ſe non ſtetiſſe, quò minùs ſolveret Epheſi, reus abſolvi debet. Duar. *d. c. 12.*

Debitor tamen, hôc in caſu conveniri poteſt, nôn in quocunque alio loco; verùm habenda eſt ratio ſui fori. Duaren. *d. loc. cap. 4.* diſſ. Hackelman & alii ab eo allegati, *diſput. ill. 10. theſ. 16.*

Quamvis enim *in d. l. unic. C. ubi conv. qui certo loco, &c. item in. §. d. Inſtit. d. Act.* ſimpliciter & indiſtinctè dicatur, quod alio in loco agi queat. Sed magis conſentaneum eſt rationi, eum, qui promiſit dare certô locô, poſſe in alio conveniri, modo is idoneus & conveniens exiſtat. *l. contraxiſſe. 21. d. O. & A.* Nam & is, qui ſimpliciter ſolvere promiſit, non ubicunque poterit conveniri, ſed in foro competenti.

TIT. V.
DE PECVNIA CONSTITVTA.

4. *Donare videtur, qui ſciens indebitum conſtituit.*

QUi ſine ſtipulatione, debitum ſe ſoluturum conſtituit, de conſti-

conſtituta tenetur. *l. 1. h.* Sanè vis verbi *conſtituere*, magna eſt in jure: ac inde, qui ſe conſtituit pro alio poſſidere, perinde habetur, ac ſi rem tradidiſſet. Vnde in foro maximus uſus eſt poſſeſſorii conſtituti. *l. quod meo. 18. d. acquir. poſſ.*

Cùmque aliquantùm ſtrictius egerit jus civile, nudis pactis actionis producendæ vim adimendo: favor naturalis æquitatis effecit, ut Prætor invenerit eum contractum; qui nil aliud eſt, quàm nudum pactum, ſed duplicatum. Hancque conventionem frequentiſſimam eſſe inter mercatores, Zaſius notat *ad §. de conſtituta. num. 5. Inſt. d. act.* qui quotidie mittunt epiſtolas, nuntios, chyrographa, cambia quæ concernunt. Et ſic utile eſt conſtitutum, ut quod debeatur ex pacto nudo, per conſtitutum fieri poſſit debitum civile: aut alia adjici qualitas, quæ commodior exiſtat. Zaſ. *d. loc. num. 13.*

In conſtituto tamen ſubeſſe debitum neceſſe eſt, ut ſi ex falſa cauſa emanâſſet, omnino inutile reputetur. Bald. *in rubr. C. h.* Nec enim per confeſſionem errore factam, contractus inutilis confirmatur. *l. ult. h. t.* Et quamvis valere dicatur conſtitutum, etiam nullo debitore adparente: neceſſe tamen eſt ſubeſſe debendi cauſam. *l. hactenus. 11. ff. h.* ubi inſuper reſpondetur: *Si quis centum aureos debens, conſtituat ducentos; in centum tantummodo teneri. Ac etiam eum, qui ſortem & uſuras, quæ non debebantur, conſtituit, in ſortem duntaxat obligari.* Quin & ſcienter indebitum conſtituens, nunquam actione de conſtituta pecunia tenetur; cùm non valeat conſtitutum, niſi debitum præcedat. Sed ſæpe fit ut quod agitur, ſi non valeat hôc modô, aliâ ratione obtineat vim. Hincque indebitum conſtituens ſcienter, intelligitur donare, quod Coſtal. & Gothofred. *add. l. hactenus.* notant: cùm hodie donatio nudô pactô procedat. *l. ſi quis argentum. 35. §. ult. C. d. donat.*

Et quemadmodum, qui ſciens indebitum ſolvit, non repetit: *l. indebitum. 9. C. d. condict. indeb.* ac conſultò dati donatio reputatur, *l. cuius. 53. d. R. I.* Ita & qui ſciens conſtituit, ubi nullum debitum ſubeſt, ſolvere cogitur. Joh. Faber, & Zaſ. *in d. §. d. conſtituta. num. 12. ut &* Jaſ. *ibid. num. 40.* Differentiam quidam faciunt, inter indebitum ſolvere, & conſtituere indebitum: Nam qui ſolvit indebitum, ex nullo præambulo contractu ſolvit, unde meritò repetitio ceſſat. Sed qui conſtituit, is præſupponit præ-

 ambu-

ambulum contractum, cui accedat. At quia nihil præambuli eſt, cùm nihil debitum ſit, non videtur conſtitutum habere aliquid, cui accedat.

Verùm ſubtilis magis, quàm vera hæc diſtinctio eſt, nam haut ſolùm donatio cenſetur, ſi quid gratis datur, ſed & cùm ſolùm quid promittitur, etiamſi non ſtatim tradatur. Sicque idem eſt, indebitum ſolvere, & indebitum promittere.

5. *An exceptio excuſsionis locum habeat in conſtituto?*

ZAſius *in* §. *de conſtituta. Inſt. d. Act.* autumat: quòd exceptio excuſſionis, hîc etiam locum habeat, pariter ut in fidejuſſore. conſentit Carocius. *de excuſſ. bonor. p. 2. q. 222.* propter generalitatem. *auth. praeſente. C. de fideiuſſor.* quæ beneficium hoc omnibus interceſſoribus concedit: conſtituere autem pro alio, in mulieribus pro interceſſione habetur. Sed quòd etiam mulier abſque interceſſione, pro alio conſtituere queat, adparet *ex. l. 1. §. 1. ff. h.* quòdque fidejuſſio differat à conſtituto, docet etiam Hering. *d. fideiuſſ. cap. 18. num. 4. &c.* Magis me movet illud, quòd in conſtituto, adhuc is, pro quo conſtitutum fuit, maneat obligatus. *l. ubi quis. 28. ff. h.* ita ut principalis debitor videatur adhuc excutiendus. Vnde accedo ad opinionem Val. Franci, qui *in tr. d. fideiuſſ. cap. 5. num. 201. &c.* putat, in merè conſtituente, qui id facit animô novandi, ut ſcilicet obligatio primi debitoris prorſus extinguatur, exceptionem excuſſionis ceſſare.

Eſt & hoc notatu dignum, ſi quis conſtituit, ſe hypothecata bona nomine creditoris poſſidere, tunc ſi ea bona perveniunt ad tertium poſſeſſorem, non opus eſſe excuſſione. Carocius. *d. part. 2. quaeſt. 28.* ubi in utramque partem hac de re tractat.

TIT. VI.
COMMODATI.

6. *Qui utendum aliquid accepit, damnum injuriâ datum non præſtat; ſi nullâ ejus curâ aut diligentiâ potuit provideri.*

QUid veniat in commodati directam actionem, latè diſcutitur. *in l. ſi ut certo loco 5. §. 2. verſ. commodatum. & §. 3. ac multis ſeqq.*

tiu ſeqq. Et exinde concludi ſolet, in commodatum venire leviſſimam culpam. Dn. Bocer. *ad l. contractus. d. R. I.* Dn. Rittershuſ. *ibid. c. 6.* Sed tamen damnum injuriâ alterius datum non præſtat, ſi non defuit noſtra diligentia atque cura. *d. l. 5. §. 2. l. ad eos. 16. ff. h.* Hotom. *4. obſervat. c. 12.* Id enim pro caſu reputandum, qui non præſtatur, niſi res commodata fuerit æſtimata. *d. l. 2. §. 3. h.*

Tit. VII.
DE PIGNORATITIA ACTIONE.

7. *De re aliena oppignorata.*

Directa pignoratitia actio eſt, quâ debitor, qui rem pignori oppoſuit, ſolutâ pecuniâ, agit adverſus creditorem, ut rem reddat, & damnum in ea, dolô, culpâve ejus datum reſarciat. Sicque eo in caſu creditor obligatus eſt ad pignus reſtituendum, quoniam ſolutô debitô, res aliena apud ipſum ſine cauſâ invenitur. *§. fin. Inſt. quib. mod. re contrah. obligatio.* Contraria datur creditori, qui in conventione pignoris eſt deceptus, putà, ſi æs pro auro fuerit datum. Suntque hæ actiones propriè perſonales, quâ debitor creditori, & hic viciſſim illi tenetur, ſi quid damni, ſumptuſve ejus rei gratiâ fecit. Weſembec. *in parat. h.* Sed interdum pignoratitia pro hypothecaria ſumi ſolet, *ut in l. pignoris. 18. C. d. pign. & hyp.* & *l. rem alienam. 41. h. t. n.* quâ ſcilicet creditor perſequitur rem.

Conſtat autem rem alienam pignori dari non poſſe. *l. 2. C. ſi res al. pign. det.* Valet tamen contractus ad actionem perſonalem, tam directam, *l. ſi rem. 9. §. pen. h.* quàm contrariam, *l. tutor. 16. §. 1. h. t.* non autem ad actionem in rem. *d. l. 2. d. l. 41. h.*

Inde eſt quæſitum, *Si res aliena, de qua convenerat pignori danda, poſtea debitoris fiat; an ex poſtfacto retrotrahatur, quaſi ab initio quoque obligata eſſet?* Hoc jure ſtricto non videtur: quia oportet rem obligandam, tempore contractûs in bonis fuiſſe debitoris. *l. & qua nondum. 15. §. 1. d. pignor.* Placuit tamen, & poſtea hypothecariam utilem fore. Namque ita reſpondet Paulus *in d. l. 41. h. Rem alienam pignori dediſti, deinde Dominus rei eius eſſe cœpiſti, datur utilis actio pignoratitia creditori.*

Sed hoc ſi ignoraverit creditor, alienam eſſe; quòd ſi ſciverit,

rit, ne quidem ad perſonalem actionem contractus valet. *l. tutor. 16. §. 1. in f. h.* Et quod dicitur *in l. 1. in princip. de pignor. in ſpeciem rei alienæ collatâ conventione, difficilius utilem actionem pigneratitiam dari*, id pro omnino non, ſumi debet.

At non idem, quod in ſpecie ſuperiori, Paulus *in d. l. 41.* ſtatuit, ſi ego ei ſucceſſerim, qui rem meam, invitô me obligavit: negat enim hoc caſu creditori hypothecariam expreſsè, dum ait: *Non eſt idem dicendum, ſi ego Titio, qui rem meam obligaverat, ſine mea voluntate extitero heres: hoc enim modo pignoris perſecutio concedenda non eſt creditori.* Ratio diverſitatis conſiſtit in eo: quia in poſteriori caſu defuit tam conſenſus quàm dominium rei. In priori: abfuit tantùm proprietas rei.

Contrarium reſpondet Modeſtinus *in l. ſi Titio. 22. d. pignor.* ubi ait, *ſi Titio, qui rem meam, ignorante me, creditori ſuo pignori obligavit, extitero heres, ex poſt facto pignus directò quidem non convaleſcit, ſed utilis pignoratitia datur creditori.* Et quidem non impertinenter: neque enim ullo modo dubitari poteſt, quin heres per omnia idem juris ſuſtineat, quod habuit defunctus. *l. qui in jus. 177. d. R. I.* Multi multa pro conciliatione harum legum adducunt, quidam etiam antinomiam expreſſam concedunt. Gothofred. & Buſius. *ad d. l. 41. ff. h.* Vultejus *diſcept. cap. 17.* Robert. *2. lect. 5.* Charond. *1. veriſimil. cap. 20.* Sed ſimpliciſſimè ſentire illi mihi videntur, qui dicunt, Modeſtinum de utili, juriſque benignitate, Paulum de directa actione ſeu jure ſtricto loqui: Utcunque verba repugnare videantur.

8. Quid veniat in pignoratitiam actionem?

HAc de re ita reſpondet Ulpianus, *in l. ſi cum venderet. 13. §. 1. h. Venit in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato; venit & cuſtodia, vis maior non venit.* In commodato leviſſima etiam culpa venit: Quia ſcilicet contrahitur tantùm commodatarii causâ. Aliud videtur in pignoratitia actione, cùm pignus contrahitur utriuſque causâ, ut ſcilicet eò faciliùs mutuam pecuniam debitor habere queat, & ut creditor magis ſit ſecurus. Ergo Gloſſa *in d. l. 13.* ait: pignus hîc cum eo commodato comparari, quod ſolius creditoris gratia fuerit contractum: putà, ut pecunia credita in tutum redigeretur: alioqui parati, etiam ſine pignore, pecuniam credere amico roganti. Cujac. *lib. 19. obſ. cap. 24.*

Sed

Sed quid dicendum de impenſis factis in rem oppignoratam, in einen Pfandſchilling: putà, *ſi in caſtrum multa impenſa fiant?* Et invenio deciſum à Schæffero *1. quæſt. 43.* quòd neceſſariæ tantùm impenſæ à reluere volenti ſint præſtandæ, non utiles, multò minùs voluptuariæ quæ ſunt: cùm aliàs tantas creditor facere poſſet, ut nemo reluere vellet aut poſſet. Sicque contra omnem æquitatem, quaſi extorqueretur alienatio rei ſuæ. idque argum. *l. utilium. 8. ff. d. impenſ. in res dotal. fact. l. ſi ſervos 25. h. t.* Nec eſt quòd creditor de ulterioribus impenſis quicquam conqueratur: cùm debuerit ſcire, rem pignoratam redimi poſſe. Aliud dici debet de impenſis, ad ſarta tecta, in Dach und Fach zu erhalten/ ſeu ad rei conſervationem quæ ſpectant. *l. uſufruct. legato. 7. §. hactenus. d. uſufr.* vide etiam mea *in com. ad tit. aliquot libri 1. ff.* & Peregrin. *de fideicommiſſ. art. 30. num. 33.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro XIV. & XV. Pandectarum.

TIT. II.

AD L. RHOD. DE JACTU.

1. Qui tempeſtate maris ingruente, alienas ex navi merces dolô ejecit, quâ actione, & quanti teneatur?

MAgni refert, ut ſciamus, num doli, vel aquiliæ actioni ſit locus: in actione enim de dolo, locus eſt juramento in litem. *l. arbitriô. 18. in pr. d. dolo.* In actione Aquiliæ legis, condemnatio fit ſine jurejurando, & quidem tanti ſolùm, quanti plurimi res 30. diebus proximis fuerit. *§. illud. 14. Inſt. d. L. Aquil.* Sed quò minùs de dolo actio detur illud obſtare videtur: quòd actio L. Aquiliæ competit, cùm effundimus rem alterius inanimatam, aut eam projicimus in mare vel flumen. *l. ſi ſervus. 27. §. 5. & ſeqq. multis, maxumè. 21. ad L. Aquil.* Quòdque quoties alia actio exi-

exiſtit, quâ experiri poſſimus; nunquam concedẽda ſit actio doli, ut ad t. *d. dolo malo* jam ſupr. dixi. Sed apertis verbis *in l. qui ſervandar. 14. in pr. d. praſcr. verb.* reſpondetur: *tum demum in factum teneri adverſarium, ſi ſine cauſa adproiiciendum merces meas elegerit: ſin autem dolô id fecerit, de dolo eum conveniendum eſſe.* Et non hîc actio Aquiliæ L. dari videtur: cùm damnum non injuriâ, ſeu invito ſit datum, ſed conſenſerit mercium dominus in eam ejectionem, putans rem ſeriò & bonâ fide agi, eo ſolùm fine, ut omnes ſalvi eſſent. Jac Schultes. *pract. quaſt. 29. col. 1.* Sed quid, *Si latro, aut alius violentus invaſor rapuerit quaſdam merces, aliàs autem reliquerit intactas, anne ad formam huius iuris, quod eſt de iactu, damnum ab omnibus proportionabiliter luendum erit?* ut in *l. 1. & 2. h. t.* Quòd ego planè negarem: cùm diſſimilis earum rerum ſit cauſa: non enim per amiſſionem aliquarum mercium cæteræ ſunt ſalvæ, ſed caſu accidit, ut raptor raperet haſce, non illas. Et ita diſertè reſpondetur *in l. 2. §. ſi navis 3. h. t. n.* Nec enim contributio eſt facienda, niſi cùm communis periculi amovendi cauſâ aliquid eſt dejectum; *l. cum arbor. 3. h. t.* non cùm caſu, hoc periit haut illud. Aliud autem erit, ſi pecuniâ datâ, cùm hoſte, vagis militibus, vel latronibus fuerit pactum, ne prædæ merces exponantur.

Tit. III.

2. *De inſtitoria actione.*

INſtitor adpellatus eſt ex eo, quod negotio gerendo inſtet, ſive jam tabernæ, ſive alii negotiationi præponatur *l. 3. h. t.* Liceat autem mihi hanc popularem retinere definitionem: cùm parùm temporis ſuper illis ſit expendendum; quia per eas nihil mutatur in re, nec unquam quis obolum ex illis lucrari poteſt: referente Iohan. Fabro. *in §. ex ſcripto. de iure nat. &c.* At inſtitores nos vulgò Factores appellamus. Cumque ex actu inſtitorum commodum ſentiamus, æquum eſt, etiam obligari & conveniri nos ex contractibus eorundem: & viciſſim dari actionem ei, qui præpoſuit inſtitorem, in eos, qui cùm eo contraxerunt. *l. 1. & 2. ff. h.*

Quæri hic ſolet: *Quando dominus teneatur ex contractu famuli ſui?* Sanè qui ad diſtrahendas & comparandas merces, peregrè mittitur famulus, Inſtitoris cenſetur locô. *l. cuicunque. 5. §. ſed & ſi Tabernarius. 7. h.* Itaque non ſolùm vendendo & emendo, ſed

& mu-

& mutuum accipiendo, & fidejuſſores interponendo, aliaque agendo, negotiationis ſibi commiſſæ gratiâ, dominum obligare ſolet. *d. l. cuicunque in princip. & d. §. Sed etſi. & §. ſeqq. l. noviſſimè. 15. d. t.* Nec opus eſt, ut expreſsè de voluntate domini conſtet: etenim emptione commiſsâ, & ea, quæ ad explicandum illam neceſſaria ſunt, commiſſa quoque intelliguntur. *l. 2. d. off. eius cui mand. eſt iuiſd.*

At porro, qui ſciens iſta gerentem famulum non prohibuit, præpoſuiſſe exiſtimatur: adeoque ac ſi præpoſuerit, tenetur. *d. l. cuicunque. §. ſed ſi pecuniam. 13. & l. ſed etſi. 7. §. pupillus. 2. h. t. l. fin. quod cum eo qui in alien. poteſt.*

Et obtinent inprimis prædicta, cùm & antea ſemel atque iterum, ad hunc modum herilia negotia ſunt tractata. Eô enim, & famulo agendi, & domino approbandi, ratumque habendi arguitur conſuetudo. *l. 3. in fin.* ubi id notant. Bl. & Salic. *Cod. d. Epiſc. aud.*

Aliàs, ſi nempe haut probetur inſtitor, dominus ex eo, quod famulus abſque mandato, literiſve contraxit minimè tenetur. Pfeil. *conſ. 24.* Sicque pro regula haberi debet, *Dominum ex delicto ſervi, extra officium dominô inſciô commiſsô, non obligari.* Stamm. *d. ſervit. perſonali. 2. c. 12. per tot.* Sed quæritur: quid *ſi famulus circa officium delinquat, & in eo modum excedat?* Et certè teneri dominum ex illius facto, ſi civiliter agatur, darique damnificato optionem, an contra dominum vel famulum agere velit; arguit textus. *in l. 1. C. ad L. Jul. repet. l. cuicunque. §. 11. ff. h. t. l. ſi ſervus. 27. §. ſi fornicarius. 9. ad L. Aquil.* Gail. *d. pign. c. 5. num. 5.* Menoch. *5. præſ. 27. num. 22.* exempla affert. Joh. Herm. Stamm *lib. 2. d. ſervit. perſonali. cap. 13.* Laurent. Tennius. *caut. 72.*

Rationem, cur dominus pro famulo, circa ſuum officium delinquente, obligetur, aſſignat Ulpian. *in l. 3 ff d. public.* *quia*, inquit, *domini bonos ſervos ad ſuum miniſterium eligere*; & ſecundum eundem Ulpianum. *in l. 7. §. hac autem. 4. ff. naut. caup. &c. explorare debent, cuius fidei & innocentiæ ſint, quos operis ſuis adhibere ſolent: alioqui mala electio famulorum negligentia adnumeratur. l. ſi ſervus. 27. §. 3. ad L. Aquil.*

Quod idem eſt, ſi non dimiſerint malos. *l. id veſtimentum. 25. d. pecul.* Extat idem eleganter conſil. inter Altorfina, *num. 31. & ſeqq.* ubi quæritur *de cauſa veneni, à miniſtro pharmacopola, per*

errorem

Digitized by Google

errorem pro bono pharmaco venditi, quo puer in civitate Imperiali (Eslingæ fuit) *peremptus dicebatur, an & quando Dominus teneatur?* Et reſpondetur Senatum eo nomine dominum punire non potuiſſe: cùm ei nulla imputari potuerit culpa in præponendo. Et ſanè dominus excuſatur, ſi diligentiam probaverit in famulo eligendo. Bonacoſſ. *d. famul. q. 149. & 186.*

Diſquirit item Andr. Schæffer. *lib. 3. q. 38. Num præpoſitus taberna, negotiationi, vel aliis negotiis mercantilibus expediundis, poſſit dominô ac præponente irrequiſitô, literas quoque Cambii acceptare?* Idque negat, & ait: nunquam inſtitori tacitè permiſſum eſſe, literas Cambii acceptare.

Tit. VI.
DE SC. MACEDONIANO.

3. *Filiusfam. SCto Macedoniano renunciare non poteſt.*

ITa ſentiunt Covarr. *in c. quamvis. d. pactis in 6. part. 2. §. 3. ſub n. 6.* Petr. Nicol. Mozzius, *d. contract. tit. d. Mutuo §. quomodo Mutuum deficiat. num. 19.* Borcholt. *d. mutuo. c. 3. num. 5.* idem *d. V. O. c. 1. num. 28.* Fachin. *lib. 2. controverſ. c. 62.* ego. *d. mutuo. cap. 21. num. 2. &c.*

Fundamenti loco ponunt *l. tamen. 11. ff. h.* ubi reſpondet IC. *ſi oppoſitâ exceptione, filiusfam. fuerit condemnatus, eum tamen SC. iuvari poſſe.* Ac certè, ſi renunciatio valeret, exceptione omiſſâ, filiusfam. haut juvaretur: ſed potiùs videretur ei beneficio renuntiare.

Promovet item SC. Macedonianam publicam utilitatem, ne videlicet filiifam. corrumpantur. *l. 1. h.* Quare pactis privatorum impediri nequit. Zaſium autem, qui ferè ſolus diſſentit. *lib. 2. ſing. reſponſ. 28.* benè Fachinæus refutat.

Cui tamen aſſentiri non poſſum, dum ibidem tradit, filiumfam. juramentô obligari ad ſolvendum, ac ſi ſolverit, repetere non poſſe. Quod idem eſt, ac ſi diceret, juratam renuntiationem hujus exceptionis validam eſſe. Magis verò eſt, ut dicam: Regulariter non valere tale juramentum, ſed abſolutionem peti poſſe, cùm ſit contra bonos mores etiam naturalis juris. Coſtal. *ad l.*

Digitized by Google

ad l. tamen. 11. h. Verùm, ſi ceſſet occaſio corruptionis, & bonâ fide omnino egerit mutuum dans, ita, ut in foro animæ obligatus debitor exiſtat; tunc juratam ejuſmodi renunciationem valere.

4. *Filiusfam. ſi ſolverit, cùm adhuc in patris eſſet poteſtate, conſumptâ à creditore pecuniâ, nullam pater actionem habet.*

IN *l. 14. de reb. creditis.* reſpondet Ulpianus: *Si filiusfam. contra SC. mutuatus pecuniam* (pertinentem ad patrem) *ſolverit* (creditori ſuo) *patri nummos vindicanti nulla exceptio obiicietur. Sed ſi fuerint conſumpti à creditore nummi, Marcellus ait, ceſſare condictionem:* hoc eſt, nullam omninò pater actionem habet, etiamſi pecunia patris propriè fuiſſet: cùm non numeravit pecuniam eo fine filiusfam. creditori, ut eum ſibi obligaret; ſed potiùs, ut ſe actione, quâ ipſi ex mutuo tenebatur, liberaret.

Sed contrarium videtur reſponderi ab ipſomet Ulpian. *in l. ſed ſi. 9. ff. h.* cùm ait: *Si ſolverit filiusfam. condictionem patri ex omni eventu competere*, hoc eſt, ſive extet, ſive ſit conſumpta.

Nonnulli hîc apertam concedunt Antinomiam: quod ſine Ulpiani, ne dicam compilatorum noſtri juris, infamia fieri nequit. Alii alias rationes conciliandi produnt. Pacius. *2, antinom. 65.* Dn. Harpprecht. *diſp. ad Inſt. 2. th. 4. lit. b. part. 2.*

Adhuc mihi arridet, quod & placuit jam olim, *in tr. d. mutuo. cap. 21. num. 6.* Priorem enim accipio eo in caſu, ſi bonâ fide pecuniam creditor accepit: putà, ſi neſciverit, eum, cum quo agit, filiumfam. eſſe, aut putet ſolvere eum ex peculio caſtrenſi.

LIBER XV.

TIT. I.

1. De Peculio.

DE peculio actione tenemur ex negotio geſto à filiofam. vel ſervo; ſive noſtro, ſive alieno, quem bonâ fide ſervorum numerò habemus, ſi ignorantibus nobis, negotiati

ſint in merce peculiari, vel etiam ſcientibus nobis, negotium aliquod geſſerunt, extra mercem. Cujac. *in part. h.*

Peculium autem ita definitur, ut ſit *naturale patrimonium filiofam. aut ſervo, à patre vel domino, ſeorſim à rationibus ſuis conſtitutum.* Si quid autem filiifam. vel ſervi in merce, ſcientibus nobis ſunt negotiati, tunc tributoria datur actio: & quidem in ſolidum.

2. *Si autem nihil in peculio ſit, in bona patris vel Domini mitti nequit, qui de peculio eſt acturus.*

PRobatur hæc aſſertio textu rotundo, *l. eo tempore. 50. in pr. h. t.* conſentit das Würtemberg. Landr. *part. 2. tit. 29. §.* Wa auch der Sohn. Contrarium reſpondetur *in l. Fulcinius. 7. §. ſi quis actione. 7. ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur.* ubi ait JC. tenere actionem, etiamſi nihil fuerit in peculio. Non abſona videtur ſolutio Paciana. *cent. 4.* ἐναντιοφ. *63.* qui dicit, ſi nihil in peculio ſit, ſed eſſe queat, tùm patrem teneri: nam & expreſsè ita limitat. *d. l. Fulcinius.* ſemetipſam, ut nempe rei judicatæ tempus debeat ſpectari; non actionis inſtitutæ. vid. Cujac. *lib. 9. quæſt. Papin.* Quòd autem Pater obligetur ex filii adminiſtratione, de bonis paternis, vivente patre, & non contradicente, decidit Joſ. Ludovic. *deciſ. Piſan. 55.*

Tit. III.

3. *De in rem verſo.*

SI hi, qui in poteſtate aliena ſunt, nihil in peculio habent; vel habeant, non in ſolidum at: tenentur tamen, qui eos habeant in poteſtate, ſi in rem eorum, quod acceptum eſt, fuerit converſum; quaſi cum ipſis potius contractum videatur.

4. *At quid dicendum erit, ſi in rem patris, vel domini ſemel ſit verſum, deinde deſierit eſſe verſum: anne dabitur actio de in rem verſo?*

AFfirmativè reſpondetur *in l. 3. §. unde. 7. ff. h. Si frumentum comparavit ſervus, ad familiam domini alendam, & in horreo domi-*

Digitized by Google

dominico repoſuit, & hoc periit, vel corruptum eſt, vel arſit; videtur verſum.

Sic *in l. ſervus. 17. eod.* reſpondet Africanus: *Si ſervus in rem domini pecuniam mutuatus, ſine culpa eam perdidit; nihilominùs poſſe cum domino de in rem verſo agi.* Aliud exemplum proponitur *in l. filiusfam. 19. ff. h.* Et æquum eſt, lucrum, vel in rem verſum, non æſtimari ex eventu, ſed ex conſilio ſervi.

Sed contrarium reſpondetur, *in l. ſi pro patre. 10. §. verſum. 6. h. t.* ubi ait Ulpianus. *Verſum autem ſi accipimus, ut duret verſum.* Hanc diſſonantiam *Z*aſius etiam tentat. *2. Antinom. 9.* Pacius. *4. quæſt. 68.* Cujac. *tract. 8. ad African, in explic. d. leg. 17.* Et certè poſterius hoc reſponſum, de eo caſu accipiendum, ubi id, quod ſervus verterat in domini rem, dominus ſolverit ſervo, vel pro ſervo alteri de peculio agenti, tùm enim deſinit eſſe verſum. *l. 1. §. ult. h.*

Et ratio differentiæ conſiſtit in eo: quod in caſu priori docuimus, non liberatur per caſum, liberatur autē per ſolutionem.

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex *Libro XVI. Pandectarum.*

TIT. I.

1. Ad SC. Vellejan.

VEllejanô SC. ſolenniſſimè comprehenſum eſt, ne fœminæ pro ullo intercederent. Sicuti enim moribus civilia officia fœminis ſunt adempta: ita multò magis adimendum eis fuit officium id, in quo non ſola opera, nudùmque earum miniſterium verſatur, ſed etiam periculum rei familiaris. *l. 1. h.* inprimis propter ſexûs imbecillitatem, multis ejuſmodi caſibus ſuppoſitæ videntur atque objectæ. *l. 2. §. 2. h.* Sed tamen interceſſio haut ipſo jure eſt nulla, ſed ſolùm exceptio datur. *l. 2. l. 8.* Exiſtimat quidem Duaren, *cap. 2. h.* non eſſe eam Senatûs, Prætoris, aut alterius Magiſtratus auctoritatem, ut actionem tollere poſſit ipſo jure. Sed huic repugnat Gilkenius, *ad t. C. h. n. 2.* qui cenſet: Senatum

natum reſpexiſſe ad tempora, quibus actiones ſolebant impetrari, ut ſcilicet ſi conſtaret, nullum defenſionis jus competere volentibus contra SC. experiri, denegaretur actio; ſed in dubio decerneretur eadem; at cum remedio exceptionis.

Hæc autem exceptio tale privilegium habet; ut quamvis exceptio peremptoria poſt ſententiam opponi non poſſit. *l. peremptorias. 2. C. ſent. reſcind. non poſſ.* hoc tamen fallat in muliere excipiente de SC. Vellejan. etiam in ſententiæ exequutione. *l. tamen. 11. ad SC. Maced.* Maſtrill. *1. deciſ. 51.*

Si verò mulier ſeſe obliget pro marito, cenſetur illa obligatio ipſo jure nulla. *auth. ſi qua mulier. C. h.*

Quin & traditum invenimus, mulierem ab alio pecuniam mutuò ſumentem, ut pro marito ſolvat; SC. adverſus creditorem ſcientem, tueri ſe poſſe. idque argum. *l. Seia. 28. §. fundum. 1. ff. h. l. 13. Cod. eod* Duaren. *h. cap. 2.* Hotoman. *6. obſerv. 2.*

At verò conſuetudinem valere talem dicunt, quâ mulier pro marito tenetur, Rauchbar. *1. quæſt. 36. num. 12. &c.* Ac *de communione bonorum inter maritum & uxorem, ob quam etiam æs alienum cogitur ſolvere*, vide Molinam, *2. tom. diſp. 422.* Et Gailius inſuper cenſet, teneri uxorem, ſi cum marito communem quaſi exerceat mercaturam, ſo ſie zu offnem Kram und Laden ſitzet.

An autem *mulier, hujus SC. beneficio renuntiare poſſit?* dubium habetur. Hoc quidem eſt expeditum, mulierem, mediante juramento, obligari, Berlich. *part. 1. concl. 29. num. 24. 62. 64.* Maſtrill. *d loc. in fin.* & hanc eſſe communem omnium ſententiam, refert Teſſaurus. *deciſ. 122. num. 10.* cùm tale ſit, quod utrinque ſervari queat: & nec peccet, qui hocce exigit juramentum, ſibique cavet; hocque juramentum operari certiorationem, tradunt. Si modò ſit ſolenne: nec enim hîc ſufficere fidei interpoſitionem, jam ſupra dixi. vid. Rauchbar. *1. quæſt. 34. num. 15.* Abſque juramento autem vix eſt, ut renuntiatio talis de jure communi, nec etiam Würtembergico, valida putetur. Arumæ. *diſp. ad ℞. pracip. 12. theſ. 7.* Donell. *12. com. cap. ult. circa fin.* Hackelm. *illuſtr. diſp. 9. theſ. 12.* Rauchbar. *d. quæſt. 34. in princ. Diff.* Fachin. *2. contr. c. 59.* Gail. *2. obſ. 77.* Eſt enim interceſſio mulierum prohibita; ſed renuntiatio nihil aliud, quam interceſſio videtur: vel ſaltem interponitur improbatæ interceſſionis confirmandæ causâ, ac ita ſit in legis fraudem. argum. *l. 30. ff. d. leg.* Quamvis enim

renun-

renuntiatio haut prohibita inveniatur: ſed tn. per eam pervenitur ad id, quod lex fieri non vult: putà ad interceſſionē, quod eſt fraudulentum. Non impedit, quòd *in l. 22. C. h.* valida cenſetur interceſſio, ſi bis fiat: quòdque renuntiatio geminata interceſſio videatur. Sed tamen *in d. l.* requiritur aliquis temporis tractus, ut repetita exceptio habeat locum. Ergo non poteſt fieri ſtatim, & uno quaſi momento. Quin & interceſſio pro marito multoties facta, non ligat. *Nov. 134. c. 8. auth. ſi qua mulier. C. h.* Rationem ſuggerit Cujac. *ad Ulpian. fragmenta. tit. 1. in fin.* Certi item ſunt caſus, ubi interceſſio cum renuntiatione hujus beneficii valet: ut in ſpecie *l. ult. §. ſi mulier. ff. h. & l. 8. ff. qui ſatisd. cog.* Ergo exceptio firmat regulam in caſibus non exceptis. Porro Andr. Schaffer. *1. q. 31.* rectè decidit: mulierem, quæ pro liberando marito ex carcere, juri ſuo ſemel renuntiavit, obæratô eo denuò, jus ſuum repetere non poſſe. Eò quod expenſâ dote pro redimendis captivis, actio dotis evaneſcat. *l. ſed etſi. 21. ff. ſol. matr.*

Si item Tutrix filiorum eſſe velit, renuntiatio valet hujus SC. At verò, ſi tutori indemnitatem pupilli mater promittat, auxilio SC. uti poteſt. *l. ſi mater. 6. §. 1. & ſeq. C. ad SC. Velleian.*

Quamvis enim mulier non ſuſcipiat alienam obligationem, ſed ſeparatim ſeſe tutori obſtringat, attamen pro pupillo ſemet obligavit, cùm ſeſe tutor excuſare vellet. Pacius. *4. ἐναντ. quæſt. 72.* Cujac. *tr. 4. ad Afric. in explic. l. tutor. 19. ff. h.*

Ac ut *mulier*, pro marito præſertim, intercedit nulliter, ſic non valet, *ſi conſentiat in paraphernalium obligationem: aut ſi renuntiat iuri, quod habet in bonis mariti.* qua de quæſt. varie diſputat Rauchbar. *d. q. 34. num. 17. &c. uſque ad fin.* & Berlich. *1. concl. 19.* Ac ſanè ſunt, qui putant, etiam juramentum valere, ſed contra id reſtitui mulierem ob immodicam læſionem, ſique dolô fuerit vel metu inducta. Rauchb. *d. loc. num. 80.* & in eam ſententiam habet deciſionem Meichſner. *tom. 2. dec. 4. f. 131. &c.*

TIT. II.
DE COMPENSATIONIBUS.

2. *An ipſo jure fiat?*

Compenſatio *eſt debiti & crediti* (utrinque, ut gloſſa expoſuit) *inter ſe contributio. l. 1. ff. h.* Eaque jure civili propterea introducta

ducta fuit, quoniam noſtra intereſt, noſtra potius non ſolvere, quàm repetere ſolutum. *l. 3. ff. h.*

Quando autem duo ſibi invicem ſunt debitores & creditores, ſi unus alterum in judicio conveniat pro eo, quod ei debet; alteri duo remedia competunt, inter ſe longè diverſa: Reconventionis nempe & compenſationis. Illud quidem latiùs patet, in multisque caſibus locum habet, ubi compenſatio vim ſuam perdit: putà ſi non liquidum ſit, quod reconveniens petit. Compenſatio autem, non actio, ſed exceptio eſt, *l. 2. & ſeqq. h.* & is etiam debitum fateri cenſetur, qui objicit eam exceptionem. Molina. *tr. 2. diſp. 560. num. 3.*

Compenſationem verò qui objicit, ac petit, conſequitur eam ſtatim ipſo jure, antequam illa ei à Iudice concedatur: & proinde ſtatim ipſo jure liberatur à debiti quantitate, quàm compenſare intendit. Sicque rectè ſentiunt, qui cenſent, compenſatione ipſo jure tolli obligationem: Arum. *diſp. ad ll. præcip. 12. th. 8.* Cujac. *8. obſ. 16.* Donell. *16. com. 15.* Bronchorſt. *2. antin. 41.* Molin. *d. loc. num. 1.* obtinet nempe vicem ſolutionis. *l. 4. ff. qui pot. in pign. l. 19. ff. d. liber. cauſ.* Sicut tamen ſolutione ipſo jure obligatio auffertur: *§. 1. Inſt. quib. mod. obl. toll.* ita pariter fieri debet per compenſationem.

Sunt equidem qui dicunt, compenſationem ipſo jure & ſine facto hominis fieri ſolùm in delictis, *l. ſi duo. 36. d. dolo.* non in aliis cauſis. Sed contrarium evincit apertus textus. Sic enim reſcribit Imp. Alex. *in l. 4. C. h. Ipſo iure compenſationem pro ſoluto haberi oportet, ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur.* Cujus rei inter alios hic eſt effectus, ut non videatur debitor in mora ſolvendi, qui poteſt vice mutuâ debitum compenſare. Item, utneque pœna, neque uſura quantitatis ejus, quæ compenſanda eſt, debeatur. *l. 4. & 5. C. h.* Ita cùm alter gratuitam, alter ſub uſuris pecuniam debet, utrinque concurrentis quantitatis uſuræ non præſtantur. *l. cum alter. 11. ff h.*

Quodque habetur *in §. in bonæ fidei. Inſt. d. action.* & alibi etiam, *compenſationem in Judicio eſſe obiiciendam:* hoc non eo intuitu fit, quòd ut aliæ exceptiones, demum per oppoſitionem perimat actionem: ſed, quia Iudex divinare non poteſt, opponi debet eum in finem, ut eidem de ea quid innoteſcat. Poſtquam autem oppoſita eſt, tunc ſtatim ipſo jure debitum tollit, non ex quo

reus

reus eam opponit, vel Iudex eam admiſit, ſed ex quo tempore invicem aliquid deberi cæpit.

Sanè Iudex debet pronuntiare ſecundùm compenſationem jam factam ipſo jure: & id eo ipſo, quod ſibi liquet, debita hinc inde compenſabilia eſſe; etiamſi neque in formula ſubjecta compenſarionis exceptio compræhendatur, vel à reo illa objiciatur, expreſsè nempe dicendo: *Volo compenſare.* Sufficit enim probare debitum ſibi eſſe, & tunc ex officio Iudex ſupplet compenſationem, nulla habitâ ratione, an in bonæ fidei vel in ſtricti juris negotiis verſemur. Schæffer. *3. quæſt. 12.* Prout in ſimili dicunt: Exceptionem præſcriptionis, etiam non oppoſitam, à Iudice ſuppleri debere. *l. ubi pactum 40. ubi* gloſſ. Jaſ. & alii. *C. d. Tranſact.*

Et inde exceptio compenſationis vim habet etiam adverſus ſententiæ executionem, quæ in rem judicatam tranſivit. Surd. *dec. 191.* Peguera. *dec. 173.* Molina. *d. loco. num. 5.* qui propter eandem rationem affirmat, quando inſtrumentum guatentigiatum executioni mandatur, locum eſſe debiti liquidi compenſationi.

Sic & alibi in diſp. ſc. *d. iureiur. 2. theſ. 6.* deduxi, & latè etiam probat Molina. *d. l. num. 7.* quòd, ſi quis ſub jurejurando ſe obligavit ſolvere debitum, aut ſatisfacere alicui obligationi, uti nihilominus exceptione poſſit, ſi aliud nil obſtet.

Huic tamen exceptioni renuntiari poteſt. Molina. *n. 9.* præſertim, cùm ut *infra* D. V. dicam, in aliquorum favorem jure ſit conſtitutum, ur compenſatione uti quis non poſſit.

Obſtat etiam compenſationi, quando is, cui objicitur ea, debitum non confiteatur, nec id liquidum, facileque ac in præſenti probari queat, ſi enim longam, majoremque indaginem expoſcat, vel quia teſtes aut ſcripturæ, quibus id probari debet, ſint in loco remotiori: exceptio hæc admitti non debet, ſed in alio judicio debitum tale eſt exigendum atque probandum: Iudiceſque præcipiuntur non eſſe proclives & molles animò ad ejuſmodi exceptiones admittendas, ſed potius ſtrictò jure uti debent, quando rem longiore indagine videur indigere. *l. ult. C. h. t. bo- fides in f. ext. depoſ.* Arbitrio verò Iudicis eſt committendum, an res in continenti probari queat. Molina. *d. l. num. 17.*

f *Qua-*

3. *Quænam negotia reſpuant compenſationem? & in ſpecie de depoſito & commodato.*

COmpenſatio fieri quidem poteſt, quocunque genere actionis res peti queat: ſive ad utrumque competat actio realis, ſive perſonalis, vel ad alteram ſola perſonalis, ad alteram realis. *l. ult. in princ. C. h.* modò tamen res utrinque debeatur, quæ recipit functionem, & ita una loco alterius ſubſtitui ac ſolvi poſſit: eo quod ſint ejuſdem rationis & ſpeciei, æqualiſque valoris ac bonitatis. Gloſſ. *in l. ult. C. h.* Panorm. *in c bona fides. depoſ.* Hincque dici ſolet, ſpeciei ad ſpeciem, ſive ſpeciei ad quantitatem, compenſationem non admitti, ne ſcil. creditor invitus aliud pro alio accipere cogatur. Bronchorſt. *2. ant. 43.*

Quamvis autem debita utrinque liquida talia ſint, ut utrinque compenſari non poſſint, puta ſi res ex una vel utraque parte non fungibilis debeatur, locus nihilominus eſt juri retentionis. *l. ſi non ſortem. 26. §. ſi centum. 4. d. condict. indeb. ibi: ager autem retinebitur, donec debita pecunia ſolvatur.* Molin. *n. 19.* quam idem Molin. *d. tr. d. 297. num. 9.* vocat compenſationem indirectam.

Compenſari autem debita poſſunt diverſorum corporum ſive tabernarum: putà ſi unus negotiator habeat diverſas negotiationes, quod maxumè controverti ſolet, ſi talis mercator ad tenuiorem redigatur fortunam. Nec enim lege aliqua reperitur cautum, quæ concedat privilegium alicui ex creditoribus ex eo, quaſi magis contraxerit cum uno corpore, quàm cum alio. Cùm æs alienum reſpiciat patrimonium totum, quod unicum eſt, non autem plura. *l. Procurator. 5. §. ſi plures. 15. d. tribut. act.* Petr. d Ubald. *d. duob. fratrib. part. princ. 9. num 37.* Et eſt ſpeciale in Fiſco, quod compenſatio ei non objicitur ex diverſa ſtatione, ne confundantur. *l. 1. C. d. compenſ.* & cùm Fiſcus ſolus excipiatur, reliqui caſus incluſi cenſentur, ut argumentatur *l. 7. C. d. t.* Quod tamen ita eſt intelligendum, niſi una vel altera taberna ſocietatis jure ad aliam ſpectet. Sed hac de re accuratè Magonius tractat. *dec. Lucenſ. 1.*

In depoſito autem locus non eſt compenſationi: neque item ibi locum exceptio habet, ſeu retentio depoſiti, quouſque ſibi aliud

aliud debitum ſolvatur. Imò ſi duo viciſſim depoſitarii ſint, non unus alterius depoſitum retinere poteſt, ſed ei, qui primus repetit ſuum, id illi reſtitui debet. Eſtque actio depoſiti, peculiariter quoad hoc privilegiata. *l. ſi quis. cum authent. ibi ſubiuncta. C. depoſ. c. bona fid. ext. eod.* Idque propter exuberantem bonam fidem, quam hicce contractus requirit.

Sed diſputatio eſt intricata, *An ut depoſitum, ita etiam commodatum reſpuat compenſationem?* qua de re videndi Cujac. *9. obſerv. c. 37. & ad Paul. 2. ſent. tit. d. depoſito.* Horom. *1. amicabil. 21.* Bronchorſt. *2. antin. 42.* Arumæ. *diſp. ad ll. præcip. 12. th. 2.* Mercer. *1. opin. c. 14.* Gilb. Regius. *1. enant. c. 8.*

Sanè *l. ult. C. d. commod.* expreſsè prohibet retentionem rei commodato acceptæ, pro alio debito, & ita magis compenſationem. Non quidem commodantur res, quæ aliàs compenſari queunt, ſed ſi commodatarii culpâ intereat res cōmodata, tunc nec æſtimatio poteſt compenſari. Haut enim deterior reddi poteſt actionis natura, culpâ rei; & ſurrogatum ſapit naturam ſurrogati.

TIT. III.
DEPOSITI.

4. An in re immobili conſiſtat?

Depoſitum (de quo etiam ſingularem tr. Carocius ſcripſit.) eſt contractus, quo aliquid alicui traditur cuſtodiendum, ut integrum ei illud reſtituatur. *l. 1. in pr. h.*

Non ſatis ergo eſt, ut quis depoſitum cum aliquo celebraſſe cenſeatur, ſi in domo illius aliquid ponat, niſi ſimul in cuſtodiam à depoſitario ſuſcipiatur, aut eo nomine expreſsè tradatur, *l. ſi ego. 9. §. ult. d. iur. dot.* Gomeſ. *2. var. reſol. c. 7. num. 2.*

Regulariter autem res mobiles deponuntur, illudque in rebus immobilibus non conſiſtit, ut communiter eſt receptum. licet diſſent. Cæddæ. *ad l. 110. d. V. S. numer. 3. & ad rubr. d ſequeſtr. num. 8. &c.*

Et ſanè depoſitum regulariter rerum mobilium eſt, ac ſi alicui, verbi gratiâ, agrum cuſtodiendum committam, mandati inde actio naſci videtur. Verùm quando controverſia eſt de aliqua re, & ea apud ſequeſtrum deponatur, vera ac propria depoſitio

 eſt.

eſt. *l. propriè. 6. ff. h.* & etiam datur depoſiti actio adverſus illum. *l. ei apud. 5. §. 1. ff. depoſ.* Tametſi quidam voluerint, competere actionem præſcriptis verbis. arg. *l. ſi gratuit. 17. §. ult. ff. præſcript. verb.* Quamvis autem, ut habetur *in l. ſequeſter. 110. d. V. S. & l. licet 17. ff. h.* ſequeſter is dicatur, apud quem plures de communi conſenſu deponunt eandem rem, de qua controverſia eſt, ad quem eorum pertineat illa. (Sic dictus; quaſi ſequatur litigantes, ut ei depoſitum tribuat, qui fuerit victor. *d. l. ſequeſter.* aut potiùs, ut Agell. *20. noct. Attic. c. 10* ait: quaſi litigantes fidem illius ſequantur, &c. *vid. Lexicon Calvini*) Nihilominùs tamen latiùs hæc res patet, quoniam aliquando Iudicis officio fit, ſine partium conſenſu.

5. *Poſſeßio depoſitæ rei, an tranſeat in ſequeſtrum?*

HAc dè re videri poſſunt Arum. *diſp. ad ll. præcip. 12. th. 9.* Gœdd. *d. ſequeſtr. num. 121.* Charond. *1. veroſimil. 6.* Coraſ. *3. miſc. 2.* Donell. *5. com. 13.* Petr. Perenn. *1. animadv. capit. 14. & ſeqq.*

Sanè etiam per traditionem poſſeſſio haut transfertur, ſi hoc tradens non intendat, ſed potiùs velit, ut per eos retineat illam, qui rem dedit: ut ex cauſa locati, depoſiti, commodati. *§. 5. Inſt. d. interd.* Ergo & hoc idem fit in ſequeſtro, & quidem ex depoſiti natura: Pugnat enim rem cuſtodiendam dare, & amittere.

Objicitur vulgò *l. licet 17. §. 1. ff. h.* ubi reſpondet Florentinus; *rei depoſitæ proprietas apud deponentem manet, ſed & poſſeſſio: niſi apud ſequeſtrum depoſita eſt; nam tum demum ſequeſter poſſidet. Id enim agitur ea depoſitione, ut neutrius poſſeſſioni id tempus procedat.* Diſtinguunt quidam inter voluntariam & neceſſariam ſequeſtrationem, ut in hac poſſeſſio non transferatur. Sed nec voluntaria; ſequeſtro ſemper transfert poſſeſſionem, niſi hoc partes expreſsè agant. Vt & diſtinguitur *in l. 39. d. acquir. vel amitt. poſſ.* ubi ait Julianus: *Intereſſe puto, quâ mente apud ſequeſtrum deponatur res: nam, ſi omittendæ poſſeſſionis causâ, & hoc apertè fuerit adprobatum, ad uſucapionem poſſeſſio eius partibus non procederet: at ſi cuſtodiæ causâ deponatur, ad uſucapionem eam poſſeſſionem victori procedere conſtat.* Hoc autem agitur in ſequeſtro, ut poſſeſſio transferatur, ſi non res, ſed poſſeſſio ſequeſtretur. De quo caſu accipienda etiam eſt *d. l. 17.* ibique verba, *niſi apud ſequeſtrum depoſita eſt,*

non

non ad rem, ſed ad voculam proximam, poſſeſſionis ſcilicet, ſunt referenda. Et ſolet poſſeſſio ſequeſtrari propter incertitudinem ejus, dum uterque ſe poſſidere contendit: & cùm poſſeſſio eſt litigioſa, quo caſu interdum inhibitio, ſich deren zu enthalten/ interdum ſequeſtratio decerni ſolet. Roſacorb. *cap. 21.*

Regulariter autem ſequeſtratio invitis partibus decerni nequit: cùm ſit ſpecies executionis, Daſſel. *conſil. 50. à pr.* quæ proceſſum ſequi, non præcedere debet. Et certi ſunt caſus, ubi ea concedi ſolet. Qui à Gœddæo, Cludio, Carocio, in tr. hac de materia ſingularibus referuntur.

Sequeſter à Iudice cogi poteſt, ad ſuſcipiendum ea bona, quæ ſequeſtrari contingit. Ioh. Ludov. *deciſ. 51. num. 8. &c.* Quod ille praxi & uſui conſonum eſſe dicit. Ego verò etiam juri conveniens eſſe puto, cùm ſit quaſi publicum munus.

Tenetur autem is operam tantùm conferre, non verò impenſas erogare: & etiam ubi incommodum ejus verſatur, Iudex ei ſalarium deputare debet. Tiraquel. *de retract. convent. §. 4. concluſ. 7. num. 8.* Ludov. *d. l. num. 13. &c.*

Nec etiam eximere ſe ab onere illo poteſt (ſive voluntaria, ſive neceſſaria ſequeſtratio fiet) niſi ex cauſâ & Iudicis mandato. *l. ei apud quem. 5. §. ult. & ibi* Bart. *ff. depoſ.* Tiraquell. *d. l. n. 5.* Et hæc omnia ferè ad modum tutoris vel curatoris.

Datur etiam in ſequeſtrum actio, quæ ſequeſtraria vocatur. *l. 12 §. cùm ſequeſtr. ff. depoſ. l. 9. §. Labeo. 3. ff. de dol.* & ſequeſtratiâ convenire dicitur. *in d. l. ſi quis. 9. §. Labeo. 4. de dol.*

Medicina autem ſequeſtri ſolet eſſe cautio ſufficiens, de judicio ſiſti & judicatum ſolvi. Ioſ. Lud. *d. l. num. 4. &c.*

6. *Quando depoſitum tranſeat in mutuum? &c.*

DEpoſitum aliquando tranſit in alium contractum. Si enim pro depoſito, ſeu rei cuſtodia, pretium aut emolumentum aliquod accipitur, tunc degenerat in locationem, conductionem. *§. 1. Inſt. d. locat. §. ult. Inſt. d. mandat.* Sic quando aliquid ita traditur cuſtodiendum, ut neceſſarium non ſit idem numerò reddi, ſed idem in genere, ejuſdem tamen quantitatis & bonitatis, tunc in rationem mutui tranſit. Si enim actum ſit, ut corpora nummorum eadem redderentur, depoſitum eſt: ſi autem, ut tantundem

Digitized by Google

dem ſolveretur, egreditur ea res notiſſimos depoſiti terminos: ut reſpondet Papinianus. *in l. Lucius. 24. ff. h.* vid. Arum. *ſ. d. diſput. 12. theſ. 10.*

Sed hic contractus retinet tamen ex depoſito aliquid, & propterea mixtus potius, quam ſimplex dici debet. Molina. *tr. 2. diſput. 23. num. 2.*

Quando autem depoſitum in mutuum tranſit, depoſitarius re depoſita uti poteſt, & ſi quid eâ lucretur, negotiando, aut aliâ ratione, ad eum pertinere putatur. Aliud autem in depoſito ſimplici meritò eſt receptum, idque ſi præter deponentis faciat voluntatem, non ſolùm in conſcientiæ foro, ad reſtitutionem eſt obſtrictus, ſed & deponenti adverſus illum conceditur actio furti; *l. qui furtum. 16. ff. d. condict. furtiv. l. 3. C. h. §. furtum. 5. Inſtit. d. oblig. quæ ex delict.* niſi forſan credat dominum id facilè ratihabiturum. *l. qui re. 76. in princ. d. furt.* Cùm furtum non committatur ſine animo furandi. *l. qui iniuria. 53. d. t.* Molina. *d. 524.* Covarr. *3. var. reſol. c. 15. num. 8.* ubi meritò addit, cùm ejuſmodi abſus, dominô invitô, non adeò Reipublicè ſit pernitioſus, mitiùs quàm alia furta tale delictum eſſe puniendum, nec ob id infamiam infligendam.

Quæritur etiam, *num deponens* (ſi ſcil. res non ampliùs extet, & vindicari haud poſſit) *aliis depoſitarii creditoribus præferatur?* Et quod inter perſonales habeat prærogativam, ſancit. *l. ſi hominem. 7. §. quoties. 2. & l. ſeq. ff. h. l. ſi ventri. 24. d. privileg. cred.* quod tamen ſolùm de iis eſt exaudiendum, qui publici depoſitarii ſunt, à Republica ad id conſtituti, ubi etiam inter privilegiatos, deponens ponitur primô locô; niſi aliquid debeatur nomine ſepulturæ, Molina. *d. 526. ad fin.* Sed praxis ferè omnibus deponentibus hoc privilegium concedit. vid. Beuther. *tr. d. præfer. creditor.* Depoſitarius, ubi contractus in ſolius deponentis tendit utilitatem, ſolùm de dolo, & culpâ lâtâ tenetur: ſi verò ob cuſtodiam aliquid accepit, de levi, ut & ſi ex officio ad id eſt adſtrictus, ut ſequeſter, & qui ſe obtulit, de leviſſimâ culpâ tenetur. Molin. *d. 527.*

CIN-

Digitized by Google

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro XVII. Pandectarum.

1. *Procurator dolum, & omnem culpam: ac ita quoque leviſſimam præſtat.*

ITa diſertè tradunt Joh Gœddæ, *ad l lata culpa 223. §. amicos. 1. num. 1. d. verb. ſignif.* Pacius. *4. ἐναντ. quæſt. 83.* Rittershuſ. *ad l. contractus. cap. 5. f. 81. & ibid.* Dn. Bocerus. *cap. 4. numer. 43.* Donell. *lib. 13. com. cap. 11.* (qui tamen aliàs, levem culpam à leviſſima non diſtinguit) Molina quidem, *d. Juſt. & Jur. tr. 2. diſp. 549.* juxta regulas generales, dicendum eſſe putat; quando mandatum, in ſolius mandantis utilitatem eſſet ſuſceptum, nullo accepto ſtipendio, ſolùm teneri procuratorem de dolo & lata culpâ, non verò de levi & leviſſima. Quando autem ſuſceptum eſſet, etiam in mandatarii utilitatem, ſaltem quia pro executione ei aliquid eſſet promiſſum, teneri quoque eum de levi, non verò de leviſſima culpa. argum. *l. 5. §. 2. ff. commod. cum ſimil.* Optatque ille, ut jura invicem contraria, quæ litibus fomenta præbent, malaque alia invehunt, abſcindantur; pauciſſimiſque regulis perſpicuis, hæc & ſimilia diſponantur. Et certè abſonum eſſe videtur, ut arctiùs obſtrictus ſit is, qui gratis, quàm qui ſalariô certô conſtitutô, alterius negotia gerit.

Sed tamen ſubeſt hic ratio ſpecialitatis: Amicitiæ enim vinculum ſtrictiùs nos ligare, quàm ob mercedem præſtitam fidem, Veteres putaverunt. Id quod notum ſit ex Plauti Carino *in Mercatore.* Qui, *ſæpe ex te* inquit *audivi pater, mandata rei, apud ſapientes plurimum pravorti decet.* Et Cicer. *pro Roſcio, Itaque,* ait: *conſtitutũ eſt judicium non minus turpe, quàm furti: credo propterea, quod quib. in rebus intereſſe non poſſumus, in his opera noſtra vicaria fides amicorum ſupponitur: quam qui lædit, oppugnat omnium commune præſidium, & quantum in ipſo eſt, diſturbat vitæ ſocietatem.*

Certè

Certè negotium ſuſcipiens, eo ipſo de induſtria ac facultate, ſine quâ id geri nequit, intelligitur profiteri, præſtet itaque, quod tacitè, & ex ipſius negotii natura eſt conventum. Cùmque hoc periculum receperit ultrò, conqueri nequit, quòd officium ſuum, ſibi ſit damnoſum. contra *l. 61. §. 5. ff. d. furt.* Textus pro hâc noſtra ſententia eſt *in l. à procuratore. 13. C. mandat.* Vbi Impp. indefinitè & generaliter reſcribunt: *à procuratore dolum & omnem culpam; non etiam improviſum caſum præſtandum eſſe.* Vbi cùm ſolum excipiunt caſum: ſequitur, quòd omnis culpa includatur.

Similis eſt textus, in l. *in re mandata 21. C. eod.* ubi Imperat. Conſtantinus: *ſua quidem rei*, inquit, *quiſque moderator atque arbiter: non omnia negotia, ſed pleraque ex proprio animo facit: aliena verò negotia, exactô officiô geruntur: nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum, ac declinatum, culpâ vacuum eſt.*

Quodque Ulpian. *in l. idemque. 10. in princ. ff. mand.* reſpondet: *nihil amplius quàm bonam fidem præſtare eum qui procurat.* Id intelligendum eſt, pro conditione ipſius rei, de tali fide, quæ ſimul exactiſſimam diligentiam includit, & omni culpâ vacat. unde *in l. præced. 9.* generaliter aſſertum videmus: cavere debere procuratorem de facto ſuo ſolùm; id eſt, non luere caſum, ſine ſuo facto, ſeu culpâ evenientem.

Et quod in *l. ſi procuratorum. 8. §. proinde. 10. d. t.* habetur. *Si mandavi tibi ut hominem emeres, tu dolô emere neglexiſti: aut ſi latâ culpâ, teneberis.* Id non ponitur excluſivè, ad remotionem aliorum graduum culpæ. Nam & mox dicitur, ſi dolus non intervenit, nec culpa.

Sunt qui inter procuratorem ad judicia, & alios procuratores: alii inter eum, qui adminiſtrationem ſuſcepit, & illum cui quid mandatum fuit, quod adminiſtrationi non ſimile eſt, conſtituunt diſcrimen. Dn. Bachov. *ad Treutl. diſput. 27. theſ. 7. lit. b. &c. ac lit. e. & f.* ſolumque judicialem & adminiſtrationis procuratorem, de leviſſima culpa teneri ajunt. Quod ferè in effectu convenit cum opinione illa, quâ nonnulli dicunt: leviſſimam præſtari culpam, in negotiis, quæ ſui naturâ exactiſſimam diligentiam requirunt, aliter autem ſe rem in cæteris habere.

Mandator quidem viciſſim mandatario contrariâ actione tenetur: ſed duntaxat de dolo & lata, ac levi culpâ *l. ſi ſervus. 61. §. quod verò. 5. de furt.* Cujac. *ad African. tr. 8. fol. m. 437. & ſeq.*

Si verò

Si verò mandatarius exceſſerit fines mandati: communi calculô receptum eſt, actionem ſolùm competere, uſque ad præfinitam quantitatem. *l. 3. & l. ſeq. ff. mand. §. is qui 8. Inſtit. eod.* vid. Petr. Franciſc. Linglois, *ad 50. deciſ. Juſtiniani. ex lib. 2. C. d. negot. geſt. deciſ. 1. qu. 4. fol. 15.* Bachov. *d. l. lit. h.*

2. *Procurator cum libera, haut ſine ſpeciali mandato, ritè ad ea apponit manus, per quæ Dominus in pœnam incidere poſſet.*

PRocurator cum libera, quem vocant (cui ſcil. libera rerum adminiſtratio conceſſa eſt) huicque compar, cui omnium rerum procurationem quis dedit: *l. 58. l. 60. ff. d. procurat. l. ſi procurator. 10. C. eod* Lyclam. *61. membr. ecl. 4.* plurima quidem, & etiam quandoque nocere poteſt. *l. 12. d. pact.* Sed tamen in quibuſdam caſibus, requiritur mandatum ſpeciale: hincque mandatô generali, non contineri tranſactionem, decidendi causâ interpoſitam, reſponſum eſt *in l. mandato. 60. d. procur.* Lyclam. *d. loc.*

Et porro haut ſine ſpeciali mandato, ad ea adponit manus, per quæ dominus in pœnam incidere poſſet. Et nec procurator generaliter datus, ad illicita datus cenſetur. *l. ſi procurator 6* ubi Gothofr. *d. condict. indeb.* Cùm ad ea quæ mandari non poſſunt, vel rarò mandari ſolent, voluntatem quis adpoſuiſſe non videatur. *l. Lucius. 21. §. Impp. 6. ff. ad Municipal.* Et non præſumitur, quòd dominus voluerit incurrere pœnam. Sicque ad petendam reductionem à Laudo, pœnali compromiſſô munito, requiritur ſpecialiſſimum mandatum. Hier. Magonius. *deciſ. Lucenſ. 51.*

Idque etiam ad utilitatem ejus eſt introductum; cum quo procurator agit: ne is ſub generalitate verborum deceptus; excludatur à petitione pœnæ, dicente domino, ſe non intellexiſſe, ei dare tantam & talem auctoritatem. Sicque id quod dici ſolet, mandatum cum libera æquipollere ſpeciali mandato: *d. l. mandato.* ubi Bart. *d. procur.* non in omnibus; & ſpecialiter hôc noſtro in caſu, non procedit. Magon. *d. l. num. 18. &c.*

Illicita autem hîc voco ea, quæ non in delicti caſum incidunt, & quæ facere poſſumus, nullâ lege publicâ prohibente; ſed, non ſine damnô, vel pœna civili: quale eſt, ſi quis contraveniat compromiſſo pœnali. De mandante verò aliquod delictum, jam dicam in quæſtione ſubſequenti.

3. *Mandatum de re illicita, quæ criminis nomen meretur, invalidum eſt: nec exinde inter mandantem & mandatarium naſcitur actio civilis.*

SIc enim *in §. illud. 7. Inſt. d. mandato* habetur: *Mandatum tale non obligatorium eſſe, quod eſt contra bonos mores. Veluti ſi Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de iniuria facienda, mandet tibi. Licet enim pœnam iſtius facti nomine, præſtiteris: non tamen ullam habes adverſus Titium actionem.* Ita & Ulpianus *in l. remunerandi 6. §. rei turpis. 3. h. t.* reſpondet: *Rei turpis nullum mandatum eſſe, & ideo hâc actione non agi.* Et Paul. *in l. ſi mandavero. 22. §. qui ædem. 6. h. t. Qui ædem,* ait, *ſacram ſpoliandam, hominem vulnerandũ, occidendum, mandatum ſuſcipiat, nihil mandati iudiciô conſequi poſſe, propter turpitudinem mandati.* Cùm namque actiones ſint juris civilis, non cenſetur illud aſſiſtere negotio, quod improbat omni ex parte: ne contraria velle videatur.

Si autem mandatarius, accepit aliquid pro re illicita patranda, & nec dum mandatum ſit impletum, mandatarius illud non implere; & in conſcientiæ foro reſtituere tenetur danti, quod ea de cauſa ab illo accepit. Quòd ſi mandatum jam implevit, & quod accepit pretium eſt moderatum, tutò in conſcientiæ foro poteſt illud retinere. Sed utroque in caſu, pretium ſibi vindicare poteſt fiſcus. Molina. *tr 2. diſp. 550. num 2.* Aliud verò eſt, quoad pœnam: cùm enim ambo in Rempublicam peccarint; meritò neuter impunè abit. Sed uterque delicti illius pœnâ, ex æquo punitur. Clar. *§. ult. quæſt 89.* Ego in diſput. *d. Homicid. theſ. 9. & ſeqq & ff. 63.* Sicque Ulpian. *in l. non ſolum. 11. §. ſi mandatum 3. ff. d. iniur.* reſp. *Si mandatô meô facta ſit alicui iniuria, plerique aiunt, tam me qui mandavi, quàm eum qui ſuſcepit, iniuria teneri:* quod & habetur *in l. ſi quis 7. in fin. ff. d. iuriſd.* ac *l. 1. §. 13. d. vi & vi arm.* Hincque & dici ſolet, mandantem & delinquentem, ſuis manibus unum idemque committere delictum. Tuſchus. *lit. d. concl. 184.* Inde etiam damni ratione, uterque in ſolidum tenetur. Molin. *d. l.*

Nec impedit, etiamſi mandatarius alioqui, delictum illud commiſiſſet. Covarr. *in clem. ſi furioſus. part. 2. numer. 1.* Clar. *d. quæſt.*

quaſt. 19. num. 1. Si tamen ante mandatum, mandatarius decreverat id facere, non intuitu & nomine ejus, qui poſtea mandavit, ſed ſuo proprio intuitu; quia ſcilicet ipſe quoque laceſſitus, aut paſſus fuerat injuriam, ab eo in quem delictum exercetur: tunc cenſente Molina, *num. 3.* æquitas poſtulat, ut aliquid de pœna mandanti remittatur, qui utpote ſolùm fuit concauſa, non verò cauſa principalis, integra & prima. Licet inſuper ſtatutum pœnam imponat ipſi facto, aut de faciente loquatur: nihilominus tamen pœna illa innodat mandantem. Molina. *numer. 4.* cùm mandans per mandatarium tanquam ſuum inſtrumentum, à ſe, ſuoque imperio motum, delinquere cenſeatur.

Quam eandem ob rationem, tenetur mandans, in loco delicti, licet alibi mandaverit illud. Clar. *d. l. num. 3.*

Si autem quis mandaverit vulnerari, & inde mors fuerit ſubſequuta: arbitriô Judicis prudentis, mandans punitur. Niſi percuſſio ita fieri fuerit juſſa, ut facilè exinde potuerit ſubſequi mors. Molina. *num. 6. & 7.* Quoniam quando homicidium non ſequitur ex intentione, ordinariæ pœnæ non eſt locus. Sed tamen uterque, L. Aquilia tenetur, tam mandans ſcil. quàm is qui ſuſcipit mandatum, licet hic exceſſerit limites mandati: cùm hoc in caſu culpa leviſſima, inſpiciatur, & is etiam qui damno occaſionem dedit, teneatur.

Imò ſi quis pecuniam det, vel accipiat, ut aliquis proditoriè interficiatur; is Aſſaſſinus vocatur: & pœnam amiſſionis bonorum, & mortis diræ, atque atrocis incurrit, ſolô mandatô: licet mors non ſequatur. *cap. 1 d. homicid. in 6.* Molina. *tom. 3. tr. 3. diſp. 25.* non tamen, ſi pecuniam accipiat vel det, ut aliquis vulneretur. Mar. Giurba. *conſ. crim. 46.* Erant autem olim Aſſaſſini, genus hominum infidelium, qui ſub quodam principe degebant, atque de illius mandato, ſimulatè eos, inter Chriſtianos interficiebant, quos ille interfici præcipiebat, ut dixi, *d. diſput. d. homicid. theſ. 12.* & adde Replicat. Dn. Goldaſt. *c. 1. l. hiſtorie de Jonville, de la Vie de S. Louys.* Ego *theſ. pract. verbo.* Meuchelmörder. Sed ob criminis atrocitatem, etiam proxeneta ſeu mediator punitur, ut principalis. Giurba. *conſ. 7.* Quemadmodum etiam depoſitarius, conventæ in aſſaſſinio pecuniæ. Giurba. *conſ. 41.*

Digitized by Google

4. *De Tabellario.*

TAbellarius, vel alius negligenter cuſtodiens rem ſibi commiſſam; pecuniam putà, vel literas. &c. ob culpam conveniri poteſt. Mandatum enim, ſi nulla intervenerit merces contractum eſſe cenſetur.

Et is etiam, ad quem pecunia, vel aliæ ejuſmodi res pervenire debuiſſent, habet negotiorum geſtorum actionem. *l. ſi pupilli. 6. §. ſi quis pecuniam. 2. d. negot. geſtor.* ubi reſpondetur: *Si quis pecuniam, vel aliam quandam rem, ad me perferendam acceperit, quia meum negotium geſſerit, negotiorum geſtorum actio adverſus eum competit.*

Sicque, ſi tabellario per furtum, res & pecunia fuerit ſubtracta, tenebitur is: quia furtum ſine culpâ fieri non facilè præſumitur. *l. cum duob. 52. §. damna. 3. ff. pro ſoc. l. eum qui. 14. §. ſi epiſtola. 17. d. furt. l. fin. §. tales. 1. C. eod.*

Idem eſt, ſi tabellarius mercedem accepiſſet: tunc enim ex conducto; ſi certa merces, vel etiam præſcriptis verbis, ſi incerta merces fuerit conſtituta, tenetur. Pfeil. *conſ. 50.*

Nam & hic exactiſſimam diligentiam præſtare tenetur: cùm in ſe receperit cuſtodiam. *§. ſi fullo. 15. cum §. ſeq. Inſtit. d. obl. quæ ex delicto. d. l. fin. §. tales. 1. C. d. furt.* ubi fullo, qui veſtimenta, quæ polienda accepit, furto amittit; domino veſtium, ad reſarciendum tenetur: cum debuerit earum cuſtodiam præſtare.

Sicque Corneus, *libr. 4. conſ. 318.* reſpondet: Mulionem ob pecuniam, quam à mercatore perferendam conduxerat, in itinere à Mulione delapſam, ac perditam, condemnandum eſſe.

Competit autem domino, tam contra furem, quàm contra tabellarium actio: ſed unâ electâ, non patet ad alteram regreſſus: arg. *l. quod in herede. 9. §. 1. d. tribut. act.* niſi intervenerit error. Pfeil. *d. loc. ad fin.*

5. *De commendatione debitoris.*

SÆpe fit, ut quis ad alterius commendationem, alteri mutuò pecuniam det, qui poſtea non ſit ſolvendo; queritur ergo, *Anne talis commendatio, obliget ſuum auctorem?*

Et quidem pro regula tradi ſolet: futuri debitoris nudam com-

commendationem, ſive voce, ſive per commendatitias literas factam, neminem obligare. Vitalis de Cambanis. *intr. clauſularum. §. enunciativa verba, in epiſtolis prolata.* Linglois. *in com. ad 50. deciſ. Juſtin. fol. 132. quaſt. 4.* cùm aliud ſit mandare, aliud commendare; *l. ſi verò. 12. §. cùm quidam. 12. ff. mandat.* & is ſolùm obligetur, ſi quis alteri mandaverit pecuniam credi, *l. ſi literas. 7. C. eod.* putà ſi quis dixerit, *periculò meò crede: d. l. ſi verò. §. ſi quis. 13.* nam tunc fidejuſſoria obligatio interveniſſe putatur.

Sicque rectè Ulpianus *in l. ſciendum. 19. in princ. d. ædil. edict.* monet, *multum intereſſe, an commendandi cauſa quis dixerit aliquid, an verò praſtiturum ſe promiſerit, quod dixit.*

Sic etiam, ſi Inſtitor alicui ſcribat, ut huic vel illi pecunia detur, is mandare cenſetur. *l. cuicunq;. 5. §. ſed & . 10 ff. d. inſtit. act.*

Aliud eſt in nuda commendatione, quæ conſilium magis eſſe cenſetur, quàm mandatum: Pfeil. *conſ. 21.* conſtat autem, quòd conſilii non fraudulenti, nulla obligatio ſit. Bartholome Filippe, *tr. d. conſilio & conſiliariis, qui Hiſpan. & Ital. extat diſcurſ. 8.* ubi quòd nec ex culpa teneatur.

Sic viciſſim Dd. tradunt: Si admonendo, demonſtrando, commendando, conſulendo, affectatè perſuadendo, & hortando, inducat quiſpiam aliquem, ad id, quod aliàs facturus non erat, obſtringi eum meritò, non quidem tanquam interceſſiſſet mandatum: ſed actione de dolo. *l. quod ſi cùm ſcires. 8.* ibi: *meritò adverſus te, cùm mei decipiendi gratiâ, alium falsò laudaſti, de dolo iudicium dandum eſt. l. ſi quis affirmavit 9. princ. & . §. 1.* ubi callida affirmatio, incidit in quaſi delictum ſeu dolum. *ff. d. dolo. l. 2. d. proxenet.* Molina. *d. l. num. 2. & 3.* Schæffer. *1. quaſt. 46.* Maximè ſi ex ea pecunia aliquid ad commendantem pervenit. *l. ſervus tuus. 20. ff. d. dolo.* Molina. *tr. 2. diſp. 549. num. 1. & 2.*

6. *Mandatum ſolvitur morte.*

L. 26. in pr. l. 58. ff. mand.

NAm quanquam quis cenſeatur, cavere voluiſſe, etiam hæredibus ſuis: non tamen conſultum eſt, ut ad eos tranſeat mandatum, quia ſæpe illis non expedit.

Sæpe etiam animus mandatarii, non pariter erga hæredes eſt affectus, qui forte meritis, amicitiàve mandantis permotus, mandatum ſuſcepit. Donell. *16. com. cap. 23.*

Limitatur regula hæc, ſi aliud diſertis verbis, vel re ipſa fuerit actum: ut ſi v. gr. quis mandaverit tibi, poſt mortem fieri monumentum, ubi heres agere, & contra hæredem agi poteſt. *l. ſi vero. 12. §. idem Marcell. 17. ff. h.*

Aut ſi mandavi tibi, ut poſt mortem meam, hæredibus meis emeres fundum. *l. idem. 13. ff. d. t.*

Ita etiam reſp. Ulpian. *in l. ult. ff. d. ſolut. Ei qui mandatu meo, poſt mortem meam ſtipulatus eſt, rectè ſolvitur, quia talis lex eſt obligationis.* Quod verò additur: *Ei autem cui juſſi debitorem meum, poſt mortem meam ſolvere, non rectè ſolvitur: quia mandatum morte diſſolvitur.* id difficultatem habet, & prædictis contrariare videtur. Reſp. Donell. non hic correctione textûs opus eſſe: ſed ideo id fieri; Quia res, de qua mandatum eſt, pertinet ad hæredem: tuncque mandatum non perſeverare, ne ei adimatur poteſtas de re ſtatuendi.

Sed Cujac. *1. obſ. cap. 38.* audacter corrigit textum, & ita legit: *Ei autem cui juſſi debitorem meum, ſolvere, poſt mortem meam non rectè ſolvitur.* Addens lectionem vulgatam alienam eſſe à principiis juris. Alias conciliationes vide apud Hilliger. *ad Donell. d. loco.* Pacium. *cent. 4. antinom 85.* Bronchorſt. *2. antin. 64.*

Et tradit etiam Molina. *tr. 2. diſp. 552. num. fin.* Mandatum re non integra, i.e. ſi negotium cæptum ſit peragi, tunc nec mandantis, nec mandatarii morte ſolvi. & v. *eund. tract. 2. diſput. 263. num. 3. &c.* ubi, quando mandatum morte mandantis non exſpiret, tradit.

In judiciis tandem, ſemper neceſſe eſt, ut morte partis eveniente, ad cauſæ reaſſumptionem citentur heredes: quod pertinet ad aliam tractationem.

7. *An ſocietas fieri poſſit, ut qui pecuniam confert, abſque ullo periculo capiat partem lucri?*

Uſuræ crimen, innatum quaſi eſſe videtur humanæ depravatæ naturæ, quæ ſemper appetit aliena, & inde etiam ex re, quæ ſterilis per ſe eſt, putà pecuniâ, aliâve re, quæ in dominium debitoris tranſit, ſine ſuo periculo, lucrum capere cupit. Unde in ſolo mutuo, vel vero, vel palliato, locum habet illud crimen. Parlador. *2. quotid. cap. 2. in princ.* Sed

Sed & is eſt humanæ malitiæ individuus ferè comes, ut peccata noſtra occultemus, quod ſtatim poſt lapſum fecêre primi noſtri parentes: aut ſub ſpecie, vel virtutis, vel innocentiæ, ea venditemus.

Sicque ſæpe fit, ut uſurarium lucrum captemus, ſed mutuum in alium contractum tranſmutare conemur. Unde apud pios & æquos legiſlatores, omnes ſimulati contractus uſurariæ pravitatis ſunt ſuſpecti. Indeque rectè Bald. *in l. 2. §. in mutui datione. ff. ſi cert. pet.* de eadem uſurarum materia agens, vocabula, ait, conſcientiam non ſalvant, nec eſſe rei mutant.

Cùm ergo communis ſententia ſit, etiamſi non expreſſè, tacitè tamen in mutuum iri, quando omne periculum pecuniæ in accipientem transfertur: Exinde pateſcit: in coeunda ſocietate, nullis pactionibus fieri poſſe, ut is qui pecuniam confert, abſque ullo ſuo periculo certam aliquam ſummam lucrifaciat. Parlador. *2. quæſt. 2.*

Quamvis enim non prohibitum ſit inire ſocietatem, ubi unus pecuniam, alter operam conferat: hoc tamen aliter fieri nequit, niſi ut damnum ſit commune, i. e. unus operam, alter pecuniam, perdat. *l. ſi non fuerint. 29. ff. pro ſoc.* Gaill. *2. obſervat. 24. à princip.*

Si verò pactum fiat, ut ſemper capitale ſit ſalvum, tunc illa ſocietas eſt Leonina, & nil aliud quàm mutuum uſurarium, ſocietatis nomine palliatum. argum. *l. verùm. 63. ff. pro ſoc.* Gail. *d. l. num. 3. &c.*

Sicque uſurariam pravitatem ſapit, ſi quis pecuniam mercatori det, ad negotiandum, vulgò in den Wechſel legen; cum pacto, ut capitale ſemper ſit ſalvum, lucrum verò commune. poſt Soc. Additionator Clari. *lib. 5. §. uſura fol. m. 184 col. 2.*

Quod idem dicendum, wann man Viech verſtellt / daß der Stamm dem Verſteller ſtetig verbleibet. Additionator Clari. *dict. loco.*

8. Etiam unius rei ſocii, in id tantùm quod facere poſſunt, condemnari debent.

Socius ſocio, in id tantùm condemnatur, in quantum facere poteſt: *§. ſed & ſi quis. 38. Inſt d. act.* i. e. ne ipſe egeat; ſed ut alimenta habere poſſit. Societas enim, jus quodammodò fraternitatis

tatis in ſe habet. *l. verum. 63. in fin. princ. ff. pro ſoc.* Quod beneficium etiam defenſoribus ſociorum, non verò ejuſdem hæredibus competere ſolet. *d. l. 63. §. 1. & 2.*

Et datur etiam beneficium hocce, etiamſi non univerſorum bonorum ſocii ſint, ſed unius rei tantùm: ut diſertè reſpondet Ulpianus. *in d. l. 63. in princ.*

Sed verò idem Ulpianus, *in l. ſunt qui. 16. d. re iudic.* ita ait: *In id quod facere poſſunt condemnantur, qui pro ſocio conveniuntur. Socius autem omnium bonorum accipiendus eſt.* Ubi illa additio, vim reſtrictionis habere videtur. Poſt Duarenum Bronchorſt. *2. ἐναντ. aſſert. 51.* cenſet: hæc loca ita eſſe concilianda, ut Ulpianus in priore ſuppleat, quod in poſteriori eſt omiſſum, illamque additionem ampliativè poſitam eſſe.

Quod & mihi placet. Quia quòd Pacius, *4. ἐναντ. quaſt. ult.* dicit: concedi beneficium illud, ſocio unius rei, in ea tantùm re, in qua ſocius exiſtit: intelligere non poſſum, quid velit. Principium namque petit, non obſtacnlum removet: quia hoc ſolùm eſt in quæſtione, an à re quam ſocius petit, detrahere reus poſſit alimenta.

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro XVIII. Pandectarum.

1. Cogi quis poteſt, ut vendat tempore publicæ neceſſitatis.

NEmo quidem cogitur emere, aut etiam vendere rem ſuam. *l. invitum. 11. Cod. d. contrab. empt. l. nec emere. 16. C. d. iur. deliber.* Quia tamen & ſubditi ipſi, & ipſorum bona, Majeſtati, vel iis, penes quos ſumma poteſtas eſt, ſubjacent; quantùm hoc æquitas, bonumque publicum, vel neceſſitas flagitat: Quia etenim poteſtas in Republica ſumma, directionem in omnibus habet: Ideo ea taxare poteſt pretium juſtum, exponentibus aliqua ad vendendum, aut locandum. Imprimis cùm

res

Digitized by Google

res ad uſum quotidianum, vitæque conſervationem neceſſariæ ſunt.

Compellere item aliquem poteſt; vendere domum, aut quodvis aliud prædium ſuum, ſi id cedat in favorem religionis, aut ad publicam utilitatem. *l. ſi locus 14. §. ult. quemadm ſerv. amit. l. ſi quis ſepulchrum. 12. d relig. & ſumpt. funer.*

Tempore etiam publicæ inopiæ, poteſt ac debet Magiſtratus cogere ſubditos, ut vendant frumentum, & alia neceſſaria, pretio tolerabili: aut ne quis plus emat, quàm ſibi ſuiſque neceſſarium ſit, *l. 1. §. cura carnis. 11. d off. præf. urb.* ut & hæc omnia probat Pfeil. *conſil. 190.* qui dicit in neceſſitate, nihil cuiquam proprium, ſed omnia communicanda eſſe. Conſentit Lud. Molina. *tract. 2. diſput. 341.* Qui tamen *num. 2.* ita explicat hanc rem, ut nempe abſoluta poteſtas, quam Majeſtatem, vocamus, poſſit hoc facere, etiam præter neceſſitatem; ad commoditatem, vel ſuam, vel publicam. Inferioribus hoc non licere, niſi in caſu ſummæ neceſſitatis. Ampliat hæc Maſtrillus. *deciſ. 17. num. 2. & 3.* ut etiam in Clerico, & Eccleſia procedat: qui quoque diſputat, *An hoc obtineat locum in peregrino, tranſeunte, aut vi ventorum ad locum, quem non petebat, adpellente?*

Sicque decidit etiam Ludov. Peguera. *deciſ. 88* Regem vel Principem compellere poſſe provinciales, ut vendant triticum, ad conſervationem militum, caſtri ſeu fortalitii, quod regni, vel provinciæ, aut communi defenſioni ſervit. Imò fortius jura diſponere tradit: ruſticos compelli poſſe, ad portandum victualia in civitatem, ut ibi ea juſto pretio vendant.

Sed hæc omnia, arbitrio pii & prudentis Magiſtratus commiſſa ſunt, qui pro neceſſitatis proportione, cuncta hæc, attemperare poteſt, & debet.

Et denique Petr. Fr. Linglois, *in com. ad 50. deciſiones Imp. Juſtin. fol. 167.* alios caſus refert, in jure expreſſos; ubi quis cogi poteſt vendere rem ſuam.

2. *De errrore circa rem venditam, vel emptam.*

Cùm in corpore conſentiunt contrahentes, in qualitate verò diſſentiunt, emptio interceſſiſſe videtur. *l. ſi ſterilis. 21. §. quamvis. 2. d. act. empt.* Et quamvis alii Codices, negativè huncce

Digitized by Google

textum legant, *emptionem non eſſe:* non tamen à Florentina lectione recedendum eſſe puto. Lyclama. *2. membr. ecl. 13.*

Aliud eſt, ſi in corpore diſſentitur, aut in ſubſtantia vel materia tota erratur: Tunc enim propter conſenſûs defectum, venditio eſt nulla, *l. in venditionibus. 9. in princip. & §. 2. l. quid tamen. 14. d. contrah. empt.*

In priori caſu, emptio licet valeat, tamen venditor, quanti intereſt, emptori tenetur, etſi quoque neſciat venditor. *d. l. 21. §. 3.*

Sic & *in d. l. 21. §. 1.* reſp. Paulus: *Si prædii venditor non dicat de tributo, ſciens, tenetur ex empto; ſi ignorans, non tenetur.* Ubi in priori caſu ſcientia facit, ut quis teneatur pro intereſſe; ignorantia, ut ſolùm quanti minoris. Lyclam. *d. lib. ecl. 18.* Cabot. *diſput lib. 2. cap. 25.*

Pariter ſi inauratum aliquid ſit, licet ego aurum putem, emptio valet: non ſi æs veneat pro auro. *l quid tamen. 14. d. contrab. empt.*

Sed aliter reſpondere videtur Julianus. *in l. cùm ab eo. 41. §. fin. d. tit. d. contrab. empt.* ubi ait: *Menſam argentô coopertam, mihi ignoranti, pro ſolido vendidiſti, imprudens; nulla emptio eſt, pecuniaque eo nomine data, condicetur.* Idque rectè, eſt enim in materia erratum.

Nec hîc antinomia ulla ſubeſt. Inaurata enim vel inargentata, non illa dicuntur, quæ ſunt aurô vel argentô obducta, aut laminis aureis, vel argenteis cooperta, die vergüldt / verſilbert / auch mit Gold oder Silberinen blechen überzogen ſeynd. Sed inaurata dicuntur, ubi aurum vel argentum immixtum & infuſum eſt. Indeque qui rem inauratam pro aurea emit, non omnino in materia errat, cùm ei aliquid auri inſit. Et ita has leges conciliat Cujac. *lib. 2. obſ. cap. 4* videndus Gœddæ. *d. ſtipul. cap. 3. concl. 46.* Pacius. *5. antin. 4.* Bronchorſt. *2. antin. aſſert. 5.*

Et hactenus de rei venditæ certitudine eſt actum: *Quid verò de pretii certitudine, vel incertitudine dicendum ſit:* explicat rectè Fachinæ. *2. controv. cap. 1.*

Tandemque addo. In emptione & venditione, præſtari omnia debere, quæ ſunt conventa, & quæ veniunt ex natura contractûs: iiſque omiſſis, non agi ad reſcindendum contractum, ſed ad intereſſe. arg. *l. 3. Cod. d. act. empt.* Pfeil. *conſ. 40.*

Obſcu-

3. *Obſcuritas pacti, nocere potiùs venditori debet, ſi id dixit; quàm emptori.*

HÆc ſunt verba expreſſa Pauli JC. *in l. Labeo. 21. d. contrah. empt* ubi rationem addit: *quia potuit apertiùs dicere.* Sanè contractus & conventiones non valent, niſi ex conſenſu utriuſque partis, *l. 1. §. 3. v. adeò. d. pact.* venditor proinde non poteſt uti contra emptorem, verbis à ſe prolatis, niſi ſecundùm ſententiam eam, in quam emptor quoque conſenſit. Quoniam igitur emptor, in dubio non cenſetur conſenſiſſe, niſi ut quàm minimùm ſibi noceret; idcircò interpretatio fit pro emptore, contra venditorem: in cujus utpote poteſtate eſt, legem dicere venditioni rei ſuæ, qualemcunque velit. *l. ult. C. d. pact. int. empt. l. legem. 9. C. d. donat.*

Sic & in ſtipulationibus, ambiguitas quoque contra ſtipulatorem, non contra promiſſorem eſt interpretanda: quia cùm ſtipulatio incipiat ab interrogatione, imputandum eſt ſtipulanti, cur non apertius ſit ſtipulatus. *l ſtipulatio. 38. §. in ſtipulat. 18. & l. quicquid. 99. in princ. d verb. oblig.*

Sed ſunt tamen caſus, ubi non attenditur id, quod ſtipulator, vel venditor intendit, ſi putà res ipſa, vel verba aliud important: Ut in caſu *l. ſi mihi. 110. in princ. d. verb oblig.* ubi: *Si ſtipulatus fuero de te, veſtem tuam, quæcunque muliebris eſt, dare reſpondes? magis ad mentem ſtipulantis, quàm ad mentem promittentis id referri debet; ut quid in re ſit, æſtimari debeat, non quid ſenſerit promiſſor:* contra proprietatem verborum. rectè tamen ſtipulator petet omnem veſtem muliebrem, etiamſi quædam fuerit ex eo numero, quâ promiſſor uti fuerit ſolitus, quaſi virili; atque adeò quam habuit pro virili: quia uſus ejus & opinio, naturam rei non mutat. Donell. *ibid.* ubi ſimul rationem reddit, cur aliter ſit in legata muliebri veſte, ubi conſuetudo inſpicitur teſtatoris.

Sic & interpretatio fit contra eum, qui legem dixit, ſive is venditor ſit, ſive emptor. Et *in d. l. 21.* notanda ſunt illa verba: *qui id dixerit.* Et inde *in l. ſi in emptione. 34. in pr. d. contrah. empt.* Quidam vendidit fundum, & adjectum fuit pactum, ut ei accederet Stichus: Cùm autem duo eſſent Stichi, neque conſtaret de

utro ſenſerint contrahentes. Reſp. JC. eum Stichum accedere debere, quem venditor intellexit, non quem emptor velit: Quia ibi emptor legem contractui dixit, & ei ideo imputare debet, quod non apertiùs eſt locutus. Guil. Fornerius. *2 ſelect. c.18.* ubi contra Cujac. qui *lib. 1 obſerv. 10.* text. corrigit, pugnat. Pacius. *2. antinom. 7.* Bronchorſt. *1. antinom. aſſert. 40.*

4. De pacto retrovendendi.

PActum de retrovendendo, variè concipitur: aliquando ad lubitum venditor reemere poteſt. Aliquando venditori conceditur, ut ſi emptor vendere rem emptam velit, præ aliis emere poſſit venditor primus: **daß wann der Käuffer das verkauffte Gut/ wiederhingeben wölt/ der Verkäuffer oder ſeine Erben/ vor andern in allweg den Vorkauff darauff haben ſolle.**

Interdum pactum concipitur, quoad pretium, **daß der Verkäuffer im alten Kauffſchilling das Gut wieder an ſich bringen möge.** Conveniunt quandoque partes, ut primus venditor, re iterum venditâ, **das Gut außlöſen dörffe.** Quod pactum vulgò vocant **angedingte Loſung**: retractum, conventionalem. Omnibus hiſce in caſibus exceptô ultimô, qui ad tractatum de retractu pertinet, non competit niſi actio perſonalis, erga primum emptorem, ejuſve heredem. Nec datur adverſus tertium, vel ſingularem poſſeſſorem. *l. 1. § ſi hæres. 16. ff. ad SC. Trebell.* ubi reſpondetur: Quòd obligatio perſonalis, non tranſeat contra ſingularem; licet obligatio contracta ſit, reſpectu rei, quæ ad ipſum tranſivit. Et nec etiam realis actio competit illo ex pacto, cùm primus venditor, tranſtulerit omne dominii jus in emptorem, factâ traditione: ut doctè hæc omnia probat, & contrariis reſpondet Dn. Joh. Meichſnerus. *tom. 1. lib 2. deciſ. ult.* licet ibi correferens, æquius eſſe putet, ut detur utilis in rem actio, primo venditori, quia nempe, ſi mentem potiùs ſpectemus, quàm verba paciſcentis, aliter dici non poſſit, quin is qui paciſcitur, **daß er den Vorkauff hab/** hoc agat, ut pretiô reſtitutô, res quoque reſtituatur, & inempta ſit. Sed utut hæc ſpecioſè dicantur, ſententia tamen communis, denegat actionem adverſus tertium ſingularem poſſeſſorem.

Sed optima cautela reputatur, ut ſemper in Inſtrumento, cui pactum retrovenditionis inſertum eſt, dicatur: *Venditorem*

trade-

tradere rem, reſervatô ſibi dominiô ejuſdem per clauſulam conſtituti, nec velle illud aliter transferre in emptorem Hæcque clauſula conſtituti, inter alia operatur, ne conſtituens alteri vendere poſſit. latè Tiraquell. *d. conſt. poſſ.* Poteſt etiam pactum addi, ut nomine reſervatæ retrovenditionis, res empta primo venditori ſit hypothecata.

Quales certè conventiones, pariunt in rem actionem: quæ porro tranſit unà cum re in quemcunque poſſidentem.

Sic &, ſi quis rem venditam tradat, ſolùm adverſus emptorem ei competit actio empti venditi perſonalis, non vero tertius poſſeſſor, pro pretio inquietari poteſt: niſi traditio prædictâ reſervatione fuerit facta, quòd ſcil. dominium per hancce traditionem transferre nolit, niſi pretiô ſolutô. Andr. Schæffer. *lib. 1. quæſt. 26.* Et tunc ſtatim convenire poteſt venditor ipſum tertium poſſeſſorem, nec vulgatâ excuſſionis exceptione poterit ſubmoveri. Quæ tamen exceptio locum habet, ſi ſolùm hypothecam ſibi emptor pro pretio reſervâſſet. Schæffer. *d. loc.*

Et hæcce dominii reſervatio, facit venditionem conditionalem, nec eſt contraria naturæ emptionis, quæ vult, quod vendens ſi dominus eſt, transferat dominium in emptorem: ſin minus, uſucapiendi conditionem. *l. ex empto. 11. §. 2. d. act. empt.* Id enim intelligendum eſt de pura emptione, venditione, non ſi (ut hoc caſu) conditio fuerit adjecta. Magon. *deciſ Lucenſ. 31.* Poteſt etiam illa lex adjici venditioni, ut res vendita precariò apud emptorem ſit, quoad pretium univerſum ſit ſolutum. *l. cum manu. 80. §. fin. d. contrah empt.* Poteſt etiam conventio iniri; ut donec pecunia omnis perſolvatur, emptor fundum, certâ juſtâque mercede habeat conductum. *l cum venderem. 2. ff. locat.* Parlador. *1. cap. 8.*

Sed is qui revendere promiſit, præciſè ad revendendum tenetur, nec præſtando intereſſe liberatur. *l. 2 C. d. pact. int empt.* ubi verbum *reſtituendi*, habet ſignificationem retrodandi. *l. verbum reddendi 94. d. verb ſign.* Et ſic conſequenter dominium ejuſdem, in Titium transferendi. *l. non videtur. 51. d. Reg. Jur.* Ac etiam pactum retrovendendi, locô pretii habetur, quia res vilius venditur intuitu ejuſdem. *l. ſi ſterilis. 21. §. ſi tibi fundum. 4. d. act. empt. l. fundi partem. 79. d contrah. empt.* Emptor autem pretium præciſè ſolvere tenetur, nec intereſſe eo nomine poterit præſtare.

l. ex empto. 11. §. 2. in fin. l. Julianus. 13. §. ex vendito. 19. d. act. empt. Arumæ. *lib. 1. deciſ. 13.* Et ita, ſtante etiam illâ opinione, quòd venditor præciſè rem tradere non cogatur: præciſè tamen emptor retrovenditionis pacto ſtare teneretur.

Si item plures vendant, ſibique pacto retrovenditionis proſpiciant, & unus reluere velit, is auditur, totumque recuperare poteſt, ut eſt magis communis opinio, teſte Joſeph. Ludov. *deciſ. 112. num. 11.* Maſtrill. *lib. 1. deciſ. 21.* Schæffer. *lib. 3. quaſt. 43.* Ego *part. 2. conſ. 83.* Modò tamen offerat cautionem, de reſtituendo alteri portionem, & de ſervando indemnem emptorem, qui reſtituit. Et ita magis adhuc admittitur, ad retrovenditionem partis.

Arduæ etiam & intricatæ quæſtiones moventur circa illud: *An, & quatenus pactum de retrovendendo faciat contractum ſimulatum, & uſurariæ pravitatis ſuſpectum?* In locis enim, ubi uſura, & etiam Antichreſis omnino prohibita eſt, ſæpe ſimulatè venditur res aliqua viliùs, & additur pactum de retrovendendo; cùm tamen in effectu antichreſis intentetur, præſertim ab emptore: qua de re Farinacius & Cæpolla, tract. ſingularib. agunt, & etiam Franc. Merlinus. *deciſ. Lucenſ. 33.* Eſtque Antichreſis, pignoratitius contractus, quem vulgò ein Pfandſchafft vocant, qui contractus olim uſitatiſſimus erat: & de ea re alibi, ego ago.

5. *Annuorum redituum emptio.*

Ex quo uſura ſeu fœnus, in Rep. Chriſtiana, contra juris civilis permiſſionem prohiberi cæpit; non ſolùm canonico, ſed & recentiori Cæſareo jure, in receſſibus Imperii promulgato, huicque conformibus; multorum locorum, & etiam Würtembergici Ducatus, ſtatutis: cùm hominum, rerumque humanarum conditio, ita ſit comparata, ut uſuris, huicque ſimili aliqua re carere nequeamus; Inde non ſolum mercatoribus aliiſque moderata conceſſa eſt ſtipulatio uſurarum: vid Fr. Zypæum, *in analytica enar. iuris Pontif. novi. t. d. uſuris. fol. 476. & ſeqq.* ſed & frequentari cœperunt annuorum redituum emptiones, Zinß oder Gült-Kauff; quæ nominatim permiſſæ, *in c. 1. & 2. d. empt. & vend. in extravagant.*

Sed prout multi ſunt, qui ſolius Pontificis odiò, vetuſtiſſimorum etiam Patrum ſcita improbant; factum inde eſt, ut multi

in

in ea hæreant ſententiâ, imaginariam eſſe illam emptionem venditionem, coloremque tantùm eſſe, quo uſura obducatur, nihilque à mutuo uſurario differre. Hotom. *2. obſ. 15.* Petr. Frider. Mindan. *2. d. Mandat. c. 72 num. 5.* noviſſimè Chriſtoph. von Hagen, *in tr d. uſu uſurar* cui & ego aſſenſum olim præbui, *in diſput. mea inaugurali, d. uſuris, qua nunc inſerta eſt tr. meo, de vita & mortis conſiderat.* Sed quicquid in contrarium diſputari poſſit, verior & communis opinio eſt, contractum emptionis cenſuum, ſeu annuorum redituum, licitum & non uſurarium, verumque eſſe. Gail. *2. obſ. 7.* Frid. Martin. *tr. d. annuis redit. ſingulari.* Molina. *tr. 2. diſp. 387. & 389. &c.* ubi de clauſulis & requiſitis ejuſmodi cenſûs, ex mente Bullæ Pii. V. P. M. pluribus agit.

Pretium enim intervenit, certa ſcil. pecuniæ quantitas, das Hauptgut: & merx, hoc eſt, reditus annuus, quæ ſunt ſubſtantialia ipſius contractus emptionis venditionis. *§. 1. & 2. Inſtit. d. empt. vend.* eſtque cenſus, res certa, & ideo vendi poteſt.

Et inde iſte reditus non pro uſura eſt habendus: quia perſolvitur ſingulis annis, non ut lucrum, ſed ut merx, & res empta. Nec emitur pecunia mediante pecunia; ſed emitur potius jus percipiendi.

Quodnam autem ſit juſtum pretium, annui cenſûs, definitum in Germania eſt lege Imperiali: nempe ut pro centum ſolvantur quinque. Licet de jure Canonico & moribus Italorum, viliori pretio comparare liceat: ut tradit Fachinæ. *2. controverſ. cap. 43.*

Sunt & porro cenſus reſervativi; quando aliquid conceditur alicui, reſervatâ ſibi certâ annuâ penſione, vel certâ fructuum parte. Molina. *2. diſp. 381. num. 2.* ubi ſimul tradit, quomodo ab emphyteuſi diſtinguatur. Cenſum verò de quo nunc agimus, impoſitum, ſive conſignativum vocant, wann man ein Gült auff ein Gut legt. Molina. *d. l. diſp. 383.* ubi ſimul de ejuſdem ſpeciebus agit.

Contractus autem cenſualis, reverâ, & etiam quoad æquitatem, à mutuo uſurario differt. Roderic. *d. an. redit. 1. quaſt. 4.* Annæ. Robert. *2. rer. iudic. cap. 8* Inprimis, quia non poteſt reluitionem petere emptor, ſed eſt id in poteſtate venditoris, daß der Gültreicher darff nach ſeinem belieben ablöſen / nicht der Gült-Käuffer. Molina. *diſp. 385. & ſeqq. 2.* Jus Canonic. etiam exigit, ut ne-

ut neceſſariò cenſus conſtituatur ſuper certis rebus. Fachin. *2. controv. 44.* quorum interitu etiam perimitur cenſus. Licet id in Germania frequentetur; ut ibidem teſtatur Fachin. & ego docui *in diſp. d. uſuris.*

Habet etiam emptio annui cenſûs hoc ſingulare, ut cenſus cum ſorte cumulari poſſit: daß man die verfallne Zinß/zum Hauptgut ſchlagen darff. Linglois *fol. 176.* Cothm. *1. conſ. 18. numer. 218.* cùm tamen aliàs, non permittatur exactio uſuræ uſurarum.

6. *De Arrhis.*

ARrham, Germani vocant ein Hafftgelt: à firmitate vom hafften/ quemadmodum etiam arrha, à Græco *ἀῤῥαγὴς*, quod firmum ſignificat, derivatur. Veteres Arrabonem dicebant. Varro *lib. 4. d L. lat.* Dantur autem arrhæ in argumentum contractorum ſponſaliorum: quæ ideo ſponſalitiæ indigitantur. *l. 38. d. ritu nupt. l. 16. C. d. Episc. audient. l. 3. Cod d. ſponſalibus. &c.* dantur etiam in argumentum contractæ emptionis, & inſtitutæ videntur in auctionibus, cùm æris aliquantùm daretur, quod plauſtra gravis æris, eò vehi incommodum fuiſſet. Briſſon. *in lex.* Galli vocant le denier Dieu: ac etiam Germ. ein Gottes-Pfenning.

Solent porro arrhæ, duobus modis dari, uno modo, ut ſint argumentum & probatio emptionis: ut cum annulus datur. *l. quod ſæpe 35. ff. d. contrah. empt.* & hoc caſu, uterque poteſt recedere à contractu. Emptor tamen perdit arrhas, quas dedit, venditor verò à contractu recedens, arrhas duplicatas reſtituit emptori. *§. 1. Inſtit. d. empt. & vend. l. ex empto. 11. § is qui vina. 6. d. action empt.*

Altero verò modo dantur arrhæ, pro parte precii, ſeu in pretii defalcationem: & tunc non licet diſcedere à contractu. Sicque inter haſce duas arrharum ſpecies multùm intereſt, & hôc in caſu poſteriori, nec arrharum amiſſione contractus reſcindi poteſt. Schneidevv. & Dd. *ad §. 1. Inſt. d. empt. & vend.*

In caſu priori, arrhæ efficiunt, ut res ſit integra, & partes poſſint reſilire. *l. 2. C. quand. lic. ab empt. reced.* Quo intuitu, ex Angelo refert Sichard. *ad l. contractus. §. illud. num. 1. Cod. d. Inſtrum.* denominationem Arrharum, magis nocere partibus, quàm prodeſſe:

Digitized by Google

prodeſſe: fortioremque eſſe illam emptionem; quæ ſine arrhis contrahitur, quam quæ fit interventu arrharum.

Indeque colligit, arrharum dationem, aliquid diverſum eſſe à contractu, & ideo per ſe eſſe contractum; docetque ibid. etiam, quâ actione arrhæ petantur.

Ex hactenus dictis ſequitur quoque, quòd is qui contractum revocat, in nihil aliud teneatur, quàm quòd vel arrhas perdit, vel receptas, in duplum reddit. Nec poteſt eo caſu agi ad intereſſe: cùm revocans non veniat contra contractum; ſed ea fuerit à principio natura contractûs, ut revocari poſſit arrhis acceptis. Zaſius. *ſing. reſponſ. lib. 2. cap. 24.* ubi etiam *num. 5.* notat, bibales, der Wein-Kauff / non habere vim arrharum, nec locum pœnitentiæ.

Weſembecius *in parat. ff. d. contrah. empt. num. 9.* ut & Bronchorſt. *2. antinom. aſſert. 54.* duas itidem faciunt ſpecies arrharum: ſed unam contrahendæ, alteram contractæ venditionis nomine dari dicunt. Et addunt: emptione perfectâ, ne quidem cum arrharum diſpendio ab ea recedere licere. Sicque gl. *in d. l. quòd ſæpe. d. contrah. empt.* arrham dicit eſſe argumentum facturæ emptionis; nec ſimpliciter per arrhæ dationem probari, conventionem ſuper pretio factam, Daſſel. *conſ. 28. quæſt. 2.* docet. Qui & ibid. *quæſt. 3.* tum demum ad intereſſe jure non agi poſſe, ſed arrhas ſolùm amitti, ſi nondum de pretio certo ſit conventum: verùm arrha data ſit, in ſignum cœpti, & penè concluſi contractûs.

Quamvis verò arrhæ, non in partem pretii quæ dantur: etiam dici poſſent contrahendæ potiùs, quàm contractæ emptionis cauſâ datæ; cum propter eas, contractus non adeò ſit perfectus, ut ab eo non liceat reſilire. Attamen arrha nunquam ferè datur, niſi de pretio certo jam fuerit actum. *d. l. quod ſæpe.* ubi habetur: dari arrhas, ut evidentius probari poſſit, de pretio eſſe conventum.

Et tandem communiter aſſeritur, arrham non in pecunia, ſed alia ſpecie datam, puta ſi annulus tradatur, haud pro parte pretii haberi: & nec in caſu, ſi ea in pecunia detur: niſi hoc dictum ſit expreſſè. Bald. *in l. cui fundum. in princ. d. leg. commiſſor.*

7. *De re duobus vendita.*

UNâ eâdemque re, duobus ſucceſſivè venditâ, dominium ejuſdem nanciſcitur is, cui illa primò tradita fuit, etſi ejus contractus alio poſterior ſit. *l. quotiens. 15. C. d. rei vindicat.* Huju ſque deciſionis ea ratio eſt, quòd dominium regulariter nequeat in alium, quàm per traditionem transferri: Is verò qui vendit aut donat, ante traditionem nullum dominium transfert, nec emptor aut donatarius, aliam quàm perſonalem actionem habet. Covarr. *2. var. 19. à pr.*

Sed notabilis limitatio hujus regulæ eſt, ſi emptor ille poſterior, qui eſt in traditione primus, ſciat, rem alteri venditam eſſe. Tunc enim ob malam fidem, à ſecundo emptore, licet res eidem tradita ſit, nihilominus ea revocatur & evincitur. Covarruv. *d. l num. 5.* (ubi dicit: fraudem ex eo ipſo probari, ſi ſecundus emptor ſciverit, rem alteri primò venditam fuiſſe) & latè etiam *d. l. quoties* examinat.

Et competit hoc in caſu primo venditori, rei vindicatio: maxumè ſi adſit traditio, ſaltem fictè facta primo emptori. arg. *l. quod meo. 18. d. acquir. poſſeſ.* Meichſner. *tom. 4. deciſ. 20.* vel potius, actio revocatoria. Nic. Mozz. *d. natural. empt. vendit. num. 33. fol. 400.*

8. *De jure accreſcendi, & an id tranſeat in emptorem?*

JUs accreſcendi, ſeu ſaltem ejus commodum, venditâ hæreditate, ad emptorem tranſire, verius eſt. Duaren. *lib. 2. d. iure accreſc. cap. 6.* Robert. *3. anim. cap. 12.* Contra Cujac. *lib. 12. obſerv. cap. 13* Bronchorſt. *2. antinom. aſſert. 59.* Dn. Harppr. *ad §. ult. Inſtit. d. empt. vendit. num. 23.* Namque ut Ulpianus reſpondet, *in l. 2. ff. d. hæred. vel act. vendit. in princ. neque amplius, neque minus iuris emptor habet, quàm apud hæredem futurum eſſet. & in §. 4.* habetur: *reſtituendum eſſe emptori, quod quandoque pervenerit.* Eſtque jus accreſcendi, inſtar alluvionis, & hæreditati accedit, non perſonæ. *l. ſi Titio. 33. in f. d. uſufruct.* Ac licet venditor, etiam poſt emptionem maneat hæres, ſi ſemel adiit hæreditatem: Cogitur tamen commodum, quod ut hæres percipit, cedere emptori.

Digitized by Google

ptori. Cùm nempe hæreditatem vendiderit, quæ pro univerſitate quadam habetur. Sicque non impedit, quod in contractibus non locus eſt juri accreſcendi: *l. ſi mihi. 110. d. verb. obl. in princ.* nam aliud eſt, ſi univerſitas alicui vendatur.

Et cùm emptor patiatur deceſſiones, *l. ſi ſervum. 28. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* cùmque emptor hæreditatis, æs quoque alienum à defuncto relictum, ſolvere teneatur: Arumæ. *lib. 1. deciſ. 12.* & commodum ad eundem pertinebit.

Sed omnino eum Lyclama, *membranar. 9. ecl. 13.* hæc ita ſunt declaranda: ut tota hæc res, à mente contrahentium, dependere videatur, ita ut ſi hæres non ſolùm hæreditatem, quæ ſuo patrimonio jam cæperit eſſe poſſeſſione tenus permixta, vendiderit; ſed jus omne, quod unquam vi ſucceſſionis habuerit, habiturusve ſit: dicendum omnino eſt, non tam de jure accreſcendi, laborandum eſſe; quàm legem dare contractui conventionem: & ſic ex ea quoque, jus accreſcendi, tranſit per manus venditoris, ad emptorem.

9. De Theſauro.

THeſaurus in domo recenter vendita, inventus, emptori cedit. Arumæ. *lib. 1. deciſ. 1.* Dn. Pitſchius *tr. d. theſaur. part. poſter. num. 196. &c.* Idque probatur per *l. à tutore. 67. d. rei vind.* ubi JC. reſpondet. *Auctore pupilli domum mercatus, ad eius refectionem fabrum induxiſti, is pecuniam invenit. Quæro ad quem pertineat? Reſpondi, ſi non Theſauri fuerint, ſed pecunia fortè perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata, nihilominus eius eam eſſe, cuius fuerat.*

Nec competit venditori beneficium. *l. 2. d. reſc. venditione.* namque talis inventio augmentum eſt caſuale, ex poſtfacto ſuperveniens, cujus ideo non ulla ratio habetur: cùm læſio ſolùm conſideretur, quæ fuit tempore contractus. Cùmque poſt venditionem, periculum pertineat ad emptorem, ad eundem etiam ſpectabit commodum tale caſuale.

Et acquiritur Theſaurus totus emptori: licet retrovenditioni obnoxius ſit ille locus, ubi fuit repertus. Pitſchius. *d. l. num. 190. &c.* Quia nempe talis fundus verè, & pleno jure, in dominio eſt emptoris. *l. ſi à te. 7. C. d. pact. int. empt.* Et acquirit ante

Digitized by Google

emptionem emptor Theſaurum, etiamſi ſciverit, cum in fundo illo latere, vid Dn. Harppr. Præceptorem meum, *in §. theſaur. d. rer. diviſ.*

10. *De beneficio l. 2. Cod. d. reſcind. vendit.*

Beneficium hoc, quamvis de ſolo venditore loquatur: nihilominus emptori quoque prodeſt. Donell. *in com. ad d. l. ibidemque.* Pinel. *part. 1. cap. 2. in princ.* ubi ita omnes tenere dicit. Robertus, *2 anim. c. 13.* Idque ex natura correlativorum: neque etiam ferenda eſſet tanta inæqualitas, ut uni ſolùm, non alteri ſuccurreretur.

Quæ tamen æquiparatio, emptoris & venditoris, procedit tantùm in iis, quæ de jure ſunt ſancita; non in iis, quæ ex conventione procedunt. Ideoque ſi unus ex ipſis renuntiet remedio hujus legis non ideo excluditur alter. Pinel. *d. l. num. 3.*

Neoterici nonnulli, qui receptiſſimas ſententias in dubium vocare geſtiunt, putà Cujac. *lib. 16. obſerv. cap. 18. & lib. 23. cap. 32.* eumque ſecutus Ant. Faber. *8. error. cap. 7.* emptori beneficium hoc denegant.

Eò quod diverſa hîc ratio ſit, cùm ſæpius rei familiaris anguſtia & neceſſitas, homines ad alienandas vel minimô pretiô res ſuas, quantumcunque ipſis charas impellat: emptores autem, non aliter quàm ultrò, ad alienarum rerum comparationem accedant. Sed leviuſcula eſt ratio hæc, nec univerſalis: & ſæpe etiam lucrum captant venditores, emptoreſque decipiunt, & alliciunt ad emendum.

Cùmque iiſdem regulis, locatio conductio, ac emptio venditio procedant, *l. 2. ff. locat.* etiam beneficium hocce, pariter in locatione conductione, ut & in permutatione, locum habebit. Ant. d. Padill. *in rep. h. l. num. 13.* (ubi de aliis etiam bonæ f. contractibus agit) vel invitô Ant. Fabro, *d. cent. error. cap. 8. & ſeqq.* cùm utrobique eadem militet ratio æquitatis: & legibus non omnia comprehendi poſſint. Et ita ſentiunt quoque Pinel. *part. 1. cap. 3.* Robert. *2. animadv. cap. 14.* Hardevvig Daſſel. *conſil. 47.*

Et certè in permutatione, aptè concurrit qualitas commutationis, eaque emptioni eſt vicina. *l. 2. d. rer. permut.*

Non verò id procedit in aliis contractibus ſtricti juris; & nomi-

nominatim in donatione & tranſactione, deficit beneficium hocce. Pinel. *part. 1. cap. 14. num. 14.* Padill. *num. 21. &c.* Bronchorſt. *2. antin. 58.* Gail. *2. obſ. 70.* Faber. *error. 8. cap. 8.* Pfeil. *conſ. 47.* Qua de re egi jam ſupra. *in delib. ex lib. 2. ff. quæſt. 21.*

Sed ſciendum etiam, ubi agitur condictione ex hac lege emptionem non eſſe nullam, ſed reſcindi. Caſtill. *1. quot. quæſt. cap. 8. à princ.* Inde regulariter agi non poteſt adverſus tertium poſſeſſorem, niſi in ſupplementum: ſi venditor non ſit ſolvendo. Berlich. *deciſ. 157.*

Daturque beneficium hoc, non ex juris rigore, ſed ex mera æquitate: naturaliter enim licet contrahentibus, in pretio emptionis & venditionis, ſe invicem decipere. *l. in cauſa. 16. §. idem Pomponius. 4. ff. d. minor. l. item ſi pretio. 22. §. fin. ff. locat.* non quòd jus naturæ hoc permittat, ſed quòd regulæ naturales contractûs, ſic permittant & patiantur. Caſtil. *d. l. num. 12.* Idque licitè fit: quia hîc læſio re ipſa intervenit, non ex propoſito decipiendi. Ant. de Padill. *in rep. huius l. num. 10.*

Sed quod ſolùm ultra dimidium, hac in parte prohibuerint deceptiones Impp. id dependet ex ſola eorum voluntate, ut & Caſtill. *d. l. num. 16. &c.* obſervavit. Sed videri de variis quæſtionibus poſſunt Pinel. & Padilla.

11. De periculo rei venditæ.

PErfectâ emptione, periculum regulariter reſpicit emptorem; etiam ante traditionem. *l. neceſſariò. 8. in princip. ff. d. peric. & com. rei vend.* Anton. Faber. *2. coniect. 4.* Schifordegher *lib. 2. tr. 18.* Meichſner. *4. deciſ. 8.* Quia ſicut venditor in emptorem, per venditionem, plenum jus, ita etiam caſum fortuitum transfert. Perfecta autem cenſetur emptio, ſi id quod venierit appareat, quid, quale, & quantum ſit pretium, & purè venit. *d. l. 8. in princ.* Et ita quicquid ſine culpa venditoris accidit, in eo venditor eſt ſecurus. Et imputet ſibi emptor, quod is eſt in morâ recipiendi. *l. lectos. 12. & l. ſeqq. ff. d. peric. & com. rei vend.*

Et deſideratur à venditore non alia cuſtodia, quàm qualem bonus paterfam. adhibet rebus ſuis. *l. quod ſæpè. 35. §. ſi res. 4. d. contrah. empt.* Schifordegh. *d. tr. quæſt. 1.*

Sed aliter ſentiunt poſt Cujacium, Dn. Henr. Bocerus, *ad l. contractus. cap. 4. num. 7. d. Reg. Jur.* & pauci alii. vid. Vultej. *in pr.*

Digitized by Google

Inſt. d. empt. & vendit. num. 7. Idque inprimis propter reſponſum Africani. *in l. ſi fundus 33. ff. locat.* ubi ita ait: *Si vendideris mihi fundum, iſque prius quàm vacuus traderetur, publicatus fuerit; teneris ex empto. Quod hactenus verum eſt, ut pretium reſtituas, non etiam id praſtes, ſi quid pluris mea interſit, eum vacuum mihi tradi.*

Sed certè quicquid alii dicant, puto hîc caſum proponi ſpecialem, nec publicationem talem, pro fortuito caſu habere poſſum. Sed cùm Princeps nemini jus, vel rem ſuam aufferre poſſit, autumo vitium hic inhæſiſſe rei; & ideo venditorem, quaſi ex evictione teneri: quod & placet Lyclamæ. *lib. 6. membran. ecleg. 3. ut & lib. 7. ecl. 46. §. 1.* Et alibi etiam in jure noſtro, mentio fit illorum agrorum, qui potuere poſſeſſoribus adimi, & vel militibus aſſignari, vel à Principe vendi. Et hujuſmodi poſſeſſiones, vi perpetuæ locationis, ſeu alicujus Emphyteuſeos habebantur; & etiam transferebantur, donec placeret Principi eam revocare. *l. cotem. 11. §. 1. d. public. & vectigal.*

Quòd autem publicatio, ſit ſpecies quædam evictionis, patet ex *l. Lucius 11. ff. d. Eviction.*

Aliud eſt, ſi res certa ad menſuram fuerit vendita & ea perierit antequam tradatur. Et nempe rerum fungibilium, ad numerum, pondus aut menſuram venditarum, antequam adnumerentur, adpendantur vel admetiantur, omne periculum pertinet, ad venditorem. *l. quod ſæpe. 35. §. ſed & ſi ex doliario. 7. d. contrah. empt.* Sed eo in caſu, venditor non tenetur ad præſtandum intereſſe. Pfeil. *conſ. 41.*

Si verò certum vinum in ſpecie venditum eſt, poſt deguſtationem pertinet ejuſdem periculum, & etiam pretii aucti commodum, ad emptorem. *l. ſicut periculum 12.* ubi Gl. *C. d. act. empti. l. 1. ff. d. peric. & com. rei. vend.* Peguera. *deciſ. 158.*

CINNUS
Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro XIX. Pandectarum.

TIT. I.
DE ACTIONE EMTI VENDITI.

1. Res

1. Res vendita neceſſariò eſt tradenda.

SIcque ſi rem venditam, venditor non tradat, in id quod intereſt, vel ad rem ipſam, ſi venditor eam habet, agere licet. Et ex empto cùm agitur, ipſam rem inprimis præſtare venditorem oportet, id eſt, tradere. *l. ex empto. 11. §. & inprimis. 2. ff. d. act. empt.*

Lex a. *1. in pr. ut & d. l. 11. §. 9. l. 12. d. act. empt. l. 4. C. eod.* ubi venditor dicitur ad intereſſe teneri: ita ſunt intelligendæ, ſi emptor hoc malit. v. Ant. Fabr. *6. conect. cap. 7.* Arumæ. *diſput. ad ll. pracip. ff. 11. th. 8* & alios.

Nec impedit, quod regulariter præſtatio facti (hoc eſt, rem tradendi) ſervilis, homineque libero indigna reputatur. Id enim intelligendum eſt de eo facto, ubi quis corpore aliquid facit: non ſi tradi curet, aut emptorem ſumere ſinat, rem quæ in venditionem venit.

Contraria tamen ſententia, quæ admodum iniqua, & promiſſis contraria eſt, placuit Bachovio. *vol. 1. diſp. Treutlerian. 28. th. 2. lit. c.* Gæddæ. *d. ſtipulat. cap. 9. num. 65. &c.* Vaudo, *1. variar. quæſt. 9.* Charond. *3. veroſimil. 12.* Fachin. *2. controv. cap. 30.* Ant. Fabro. ſibi contrario. *17. error. 7.*

TIT. II.
LOCATI CONDUCTI.

2. Locator & conductor quis ſit.

QUemadmodum apud bonos auctores, emptio venditio promiſcuè uſurpata, & interdum emptor pro venditore ſumptus fuit: Cujac. *animad. adverſ. Robert. lib. 1. cap. 8. & ſeq.* quo intuitu etiam Cajus, *in l. veteres. 19. ff. d. act. empt.* reſpondet: *Veteres emptionis venditionisque appellationibus, promiſcuè fuiſſe uſos.* Ita ut qui emptor ſit, venditor; ac econtrà, qui venditor, emptor dici ſolitus fuerit: ſic pariter interdum, qui conductor, idem & locator; ac qui locator, idem & conductor dictus fuit. Cujac. *d. lib. 1. cap. 10.*

Propriè autem & generaliter, tam in locationibus rei quàm facti, locator eſſe dicitur, qui dat utendum vel faciendum aliquid; qui verò accipit, conductor habetur. v. Cujac. *2. obſ. cap. 18.* Joh.

Digitized by Google

18. Joh. Robert. *1. animad. cap. 10.* Hackelman. *diſp. illuſtr. 11. theſ. 11. in princ.* Dn. Harppr. *in princ. Inſt. d. locat. & conduct. numer. 15. & ſeqq.*

Sunt qui ita rem hanc explicant, ut dicant: Locatorem eum eſſe, qui interveniente certâ mercede, alteri vel faciendum, vel fruendum quid, vel operam præſtant. Conductorem, qui illorum quid, mercede interveniente, præſtat, ſimul & illorum quid ſuſcipit.

Sed tamen promiſcua utriuſque appellatio eſt, ut v. gr. *Ego Architecto domum loco conſtruendam: & viciſſim ab eo ego operas conduco.* Et ejus rei plura exempla habet Cujac. *d. cap. 10. lib. 1. animadv.* Ita ut nonnulli dicant: locatorem eſſe, qui inchoat contractum, ſeque alii prius obtulit. Conductorem, cui quid faciendum aliquis ultrò obtulit, & qui placitum offerentis ſuſcepit. Sed ſimpliciter & planè in praxi Conductor habetur, qui pecuniam dat, locator cui datur.

3. *Locatio, pecuniæ dationem requirit.*

ET ita propriè dicta Locatio non eſt, ſi quis mercedis locô vinum, frumentum, oleum &c. ſolvat. *l. 2. ubi* Godofred. *ff. locat.* Arumæ *diſput. ad ll. præcip. 13. theſ. 9.* Partiarius enim colonus, der jährlich ein theil Einkommens erſtattet / als den halben / dritt. oder vierdten Theil der Früchten: quaſi ſocius eſt, damnumque & lucrum, cum fundi domino partitur. *l. ſi merces. 25. §. vis maior. 6. l. & hac. 35. in fin. ff. locat.*

Et facit, quòd iiſdem regulis locatio conductio, & emptio venditio procedunt: *d. l. 2.* at emptio non eſt, ſi pretium non in pecunia conſtituatur. Et inde reſpondet JC. *in l. naturalis. 5. §. at cùm do. 2. ff. d. præſcr. verbis. cum do ut facias, ſi tale ſit factum, quod locari ſolet, putà ut tabulam pingas, pecuniâ datâ, locatio erit: ſicut ſuperiori caſu, emptio* (ſi ſcil. pecunia detur, ut rem accipiam) *ſi res, non erit locatio, ſed naſcetur civilis actio in hoc, quod mea intereſt, vel ad repetendum condictio.*

At hoc verò multi negant. Dn. Bocer. *ad l. contractus. cap. 4. num. 9. d. R. I.* Et negant per *l. ſi olei. 21. C. d. locat. & conduct.* ubi reſcribitur: *ſi olei certâ ponderatione fructus anni locaſti, de contractu bona fide habito, propter hoc ſolùm, quòd alter maiorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.* Vulgò reſponderi ſolet, oleum ibi,

ibi, certæ pecuniæ ſummâ æſtimatum fuiſſe, ut eſt caſus *in l. ſed addes. 19 §. ſi dominus. 3. ff. locat.* ubi conventum fuit in locatione; ut locator frumenti certum modum, certo pretiò acciperet.

Sed tamen locatio ſimpliciter facta, abſque expreſſione, aut determinatione alicujus mercedis, vel penſionis, intelligitur facta de eo, quod ſolitum eſt locari. *§. ſed & pretium. 1. d empt. & vend. ubi* Gl. Hardevv. Daſſel. *conſ. 47. num. 10. &c.* Sicque contractus locationis valet, nullo pretio certo determinato, ſed poſtea arbitrio boni viri, determinando.

4. *Quanam culpa præſtetur à conductore?*

IN locato, regulariter & ex ipſius contractûs natura, dolus tantùm, ac lata & levis culpa præſtatur. Etenim generalis à JC. *in l. ſicut. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodat.* definitio proponitur: quòd nempe in contractibus, ubi vertitur utriuſque utilitas, dolus & culpa præſtetur: ut in locato, dote, pignore, ſocietate; ibique ſub vocabulo culpæ, non lata, quæ dolo æquiparatur *l. 1 §. 1. verb. lata culpa ff. ſi menſ. falſ. modum. cum ſimil.* ſed levis ſubintelligi debet. Conſentit *l. contractus. 23. d. R. I.* ubi cnm vulg. legendum eſt, *in his quidam & diligentiam* non *quidem*, ut ibi Delrio & alii probant. Sed hæc regula quandoque patitur exceptionem: ſuntque caſus, ubi etiam in locato diligentia, id eſt, levis culpa. *d. l. §. 2. verſ. commodatum.* præſtatur. In caſibus putà, ubi quis ſe artificem profitetur, ſeu in locatione facti. Ejuſque limitationis exempla ponuntur *in l. ſi merces. 25. §. qui columnam. 7. ff. locati.* ubi quis columnam tranſportandam conduxit, & ea dum tollitur, aut portatur fracta ſit. Aut ſi dolium vel tignum (velut Hotomanus *4. obſ. 13.* legit, ſignum, h. eſt ſtatuam) aliquis tranſportandum conduxit, ubi tum demum omnis culpa abeſſe cenſetur, ſi omnia facta ſunt, quæ diligentiſſimus quiſque obſervaturus fuiſſet. Eoque in caſu, etiam operariorum culpam, architectus præſtat: ut ibi refert JC. Et, *quid præſtare teneatur is, qui merces tranſvehendas conduxit?* tradit Pfeil. *conſ. 52.* Sed obſtat adhuc *§. 5. Inſtit. d. locat.* ubi habetur: *Conductor omnia ſecundùm legem conductionis facere debet; & ſi quid in lege prætermiſſum fuerit, id ex bono & æquo præſtare. Qui pro uſu, aut veſtimentorum aut argenti, aut jumenti, mercedem vel dedit aut promiſit, ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualis diligentiſſimus paterfamil. ſuis rebus adhibet:* & ibi

k exclu-

excluditur ſolus fortuitus caſus; ſicque omnis culpa includi videtur, nec ibi quæſtio eſt de locatione facti. Vultejus, *diſcept. ſcholaſt. cap. 15.* qui hac de quæſt. pluribus agit, dupliciter huic difficultati occurrit. Sed magis poſterior reſponſio placet, non ibi cuſtodiam in abſtracto, ad ſumum diligentiæ gradum exequi, ſed ad diligentiam ſumam illius qui conduxit: ut videlicet quã ſummam adhibet in rebus ſuis, eandem adhibeat in re conducta.

Sicque ego *part. 3. conſil. 120.* decido, equum abſque culpa conductoris mortuum, ab eo non præſtandum. Viciſſim tenetur conductor actione furtivâ, ſi equum conduxit pro eundo ad unum locum, & eum ad alium ducat. *l. qui furtum. 16. in princip. d. condict. furt. l. ſi ut certo. 5. §. quin imo. verſ. denique. ff. commod.* Excuſatur tamen conductor equi, ſi eum retinuerit pro pluribus diebus, quàm fuerit conventum; ſi equus ſolitus fuerit locari. Joſeph. Ludovicus. *decis. Lucenſ. 10.* ubi pariter decidit, eum qui cuſtodiam equi recipit, wann man einen Botten mitlauffen laſt, teneri quoque de leviſſima culpa.

Conductor etiam prædii, mortes pecorum eorum, quæ æſtimata accepit (vulgò Eyſene Vih vocant, propter perpetuitatem, & quia in effectu non moriuntur) ac ita omnem caſum fortuitum præſtat. Rauchbar. *lib. 2. quæſt. 29* ego *in Theſaur. pract. verb.* Eyſene Viech. Æſtimatio enim dominium in conductorem transfert, eſtque emptionis loco.

5. De Salariis.

SAlaria liberalium officiorum, & quibus ea ob dignitatem præſtantur, integra debentur: etiamſi quis ante annum moriatur. Sicque Profeſſori ſalarium debetur, etiamſi poſt lecturam inchoatam decedat, idque ſalarium ad hæredes tranſmittit. Idemque in Advocatis, & majoribus judicibus locum habet. *l. diem functo. 4.* ubi Br. & Dd. inprimis Joh. Bologner. *d. offic. Aſſeſſor.* Benius. *d. privileg. JCC. cap. 22. & 76.* ac alios allego ego. *in coroll. ad aliquot. tit. ff. num. 8.*

Quamvis aliàs artifici, non niſi pro rata temporis, & laboris, merces debeatur. *l. Seio. 10. ff. d. annuis legat. l. ex conducto. §. item cum quidam. 6. ff. locat. l. his ſcholarib. 14. in fin. & l. pen. Cod. d. erog. milit annon. lib. 12.*

Sed etiamſi Doctor, Conſiliarius, ſimiliſve alius, conductus ſit ad

ſit ad plures annos, non tamen ſtipendium totius temporis tranſmittit: ſed ejus tantùm anni, in quo decedit, & legere cœpit. *l. poſt duos. 15. §. 1. C. d. advoc. diverſ. Judic.* Viciſſim, licet ſalarium, per menſes vel angarias fiat, nihilominus totius anni competentia eſt ſolvenda. *l. diem. functo. 4. ubi Dd.* & Cagnol. *num. 177. d. offic. Aſſeſſor.*

Differentiæ ratio, quæ hîc conſtituitur inter ſalaria, in eo conſiſtit: quòd ubicunque aliquis operas præſtat, pro pecunia certa regulariter inducatur contractus locationis. *§. item quaeritur. 4. Inſt. d. locat.* At hoc ſolùm procedit in perſonis mechanicis: in perſonas verò virtuoſas, habentes aliquam ſcientiam vel artem liberalem, locatio non cadit. Cùm illorum opera, vix poſſit pecuniâ menſurari. Bolognet. *d. l. num. 7.*

Commodum autem, quod hîc tribuimus Doctoribus, Conſiliariis, Advocatis &c. viduæ & liberis, non creditoribus cedit: quod docet Rauchbar. *lib. 1. quæſt. 25.*

Hîc & illud addere placet, quod habet Hotomannus *in conſiliis.* ac ex eo repetiit Matth. Steph. *tr. d. Academ* & etiam Speckhan. *lib. 1. quaeſt. 41* Typographum, ultra mercedem conſtitutam, auctori etiam aliquot exemplaria dare teneri.

6. Quando locatio conductio, præter naturam contractus diſſolvatur.

CONductor omnia ſecundùm legem conductionis facere debet, & ſi quid in lege fuerit prætermiſſum, id ex æquo & bono præſtare. *§. conductor. 5. Inſt. d. locat. l. ea lege. 51. l. ſi in lege. 24. l. ſi merces. 25. §. conductor 3 ff. eod. l. legem. 16. l. circa. C. 19. eod.*

Cùm ergo quis in re conducta, malè aut perverſè verſatur, non tantùm ad damni emendationem tenetur, ſed & res ipſa repoſci poteſt, quamvis tempore conductionis nondum finito. *l. quaro. 54. §. inter locatorem. 1. l. cùm domini. 56. ff locat. l. ade. 3. C. eod.* Eoque nomine, etiam illata & invecta, pignoris nexu ſunt innodata, æquè ac pro penſione. *l. 2 & ſeqq. in quib. cauſ. pign. vel hypothec. tacitè contrah. l. certi 5. C. locat. §. item Serviana. 7. & ibi* Dd. *Inſt. d. t.* Quòdque legem conductionis non obſervans, expelli poſſit ex re conducta, tradit etiam Pfeil. *conſ. 51.*

Repetere item poteſt locator rem alteri locatam, ſi is indigeat re locatâ ad proprios uſus. *l. ade. C. locat. e. propter. 3. §. verùm*

Digitized by Google

Extra eod. Sed tamen affirmat Natta. *conſ. 416.* pactum adpoſitum locationi, de non expellendo, efficere, ut locator expelli non poſſit, etiam ob ſupervenientem neceſſitatem locatoris. Covarruv. *2. vari. reſol cap. 15 num. 4.*

Sed ut conductor à locatore expelli poſſit, neceſſe eſt, ut neceſſitas superveniat poſt locationem; veluti ſi uxorem ducat, vel res indigeat reparatione: utque ea non potuerit prævideri. Magonius. *deciſ Lucenſ 75. num. 6.*

Dicunt etiam, anticipationem penſionis vel mercedis facere, ut eam recipiens, cenſeatur renuntiare juri & facultati expellendi. Magon. *d l. num 9. & ſeq.*

Viciſſim conductor, invito etiam locatore, à contractu recedit: putà ob peſtem. Ripa. *tr. d. Peſte.* bellum, aliaſque cauſas: ſic & eidem propter ſterilitatem inopinatam & quaſi præternaturalem, remittitur merces. vide Pantſchman. *tr. d. locat. & conduct. ſeu lib 1. quaſt. 1. & multis ſeqq.*

Aliàs etiam hæres, locationi conductioni ſtare tenetur. *§. ult. Inſt. d locat. &c.* Idque Gordiani reſcriptum *in l. C. eod.* plenè explicat, dum dicit: *Viam veritatis ignoras, in conductionibus non ſuccedere heredes conductoris, exiſtimans: cùm ſive perpetua conductio eſt, etiam ad hæredes tranſmittatur, ſive temporalis, intra tempora locationis, hæredi quoque onus contractus incumbat.* vid. Pfeil. *conſ. 129.* eò quòd hæres in omne jus defuncti ſuccedat, nec contractus in perſona hæredis mutatur.

Secus ſe res habet in ſingulari ſucceſſore, putà emptore: qui non ſuccedit in univerſum jus, velut onus, ſui auctoris. Sed aliud eſt reſpondendum, ſi pro obſervatione locationis res locata, vel etiam univerſa bona fuerint hypothecata. Joſeph. Ludov. *deciſ. Lucenſ. 38.* ubi de communi atteſtatur: nam certè ſi res omnes; etiam illa locata, pignoris nexu erit vinculata. Id tamen ita eſt intelligendum, ut intereſſe præſtando liberetur locator; niſi adhibitum fuerit huic contractui firmando juramentum. Ludov. *d. l num 8. & ſeqq.* Id enim obligat præciſè.

Emptori hoc in caſu ſimilem puto, redimentem vigore pacti de retrovendendo. Maſtrill. *lib. 1 deciſ. 5.*

Tandem & hoc addo, conductorem, tacitè reconduxiſſe videri, ſi poſt exactum conductionis tempus, ſciente & patiente domino, perſeveraverit in eadem conductione *l. item quæritur. 13. §.*

Digitized by Google

13. §. *qui impleto. 11 & l. ſeq. ff. locat.* Quod idem de officialibus & famulis pronunciatur. Linglois. *ad 50. deciſ. Juſtiniani. f. 57.*

Tit. IV.

7. *De rerum permutatione.*

PErmutatio, quamvis ſingulare nomen habere videatur, non tamen eſt contractus nominatus, ſed rectè innominatis contractibus accenſetur: eſtque idem, quod contractus, do ut des. Nomen enim proprium haut habet, cum omnis penè contractus, velut permutatione quadam conſtet. Sicque in emptione permutatur quaſi pretium cum re empta; in mutuo, permutatur pecunia credita cum ea, quæ ſolvitur, &c. Eſtque permutatio, idem quod commercium, & συνάλλαγμα: quæ communia & generalia nomina exiſtunt. Cujac. *in parat. C. d. rer. permut.*

Et quidem maxumè venditioni permutatio accedit, & ea originem emptioni venditioni dedit. *l. 1. d. contrah. empt. §. 2. Inſt. d. empt. vendit.* unde vicina dicitur emptioni. *l. 2. ff. d. perm.* Attamen ſicut aliud eſt pretium, aliud merx, alius emptor, alius venditor: ita in permutatione diſcerni non poteſt, uter emptor vel venditor ſiet; & aliis etiam in caſibus ab emptione venditione, permutatio differt. *l. 1. in pr. d. rerum permutat.* Et inprimis ſciendum illud eſt, quòd emptio venditio nudâ conſentientium voluntate contrahatur: permutatio autem, prout in omnibus contractibus innominatis, ex re tradita initium obligationis præbeat. *d. l. 1. §. item emptio 2.* Et pertinet huc, quod JC. Paulus reſpondet. *in l. naturalis. 5. § & ſi quidem. 1. ff. de præſcriptis verbis. Si pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio & venditio eſt; ſin autem rem do, ut rem accipiam; quia non placet permutationem rerum, emptionem eſſe, dubium non eſt, naſci civilem obligationem: puta præſcriptis verbis. In qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, ſed ut damneris mihi, quanti intereſt mea, illud de quo convenit, accipere. Vel ſi meum recipere velim, repetatur quod datum eſt, quaſi ob rem datum, re non ſequuta.* v. Cujac. *in parat. Cod. d. rer. permut.* Ant. Faber. *lib. 6. conjectur. cap. 9.*

Qui etiam ſubtiliter magis, quàm neceſſariò, inter contractum do ut des, & permutationem diſtinguit, ut nempe contractus ille, non permutatio ſit, ſed propriè loquendo, magis prin-

cipium permutationis. Et permutationem, non eſſe, priuſquam res, quæ permutantur; viciſſim dentur: non enim mutatæ dici poſſunt, niſi utrinque fuerint datæ; dare autem poſſum, ut des, antequam detur. Sed hac de re videri etiam poteſt Vac. à Vacun. *lib. 1. declarat. 27.*

TIT. V.
DE PRÆSCRIPTIS VERBIS ET IN FACTUM ACTIONIBUS.

8. *Actio præſcriptis verbis.*

MUlta in jure negotia, & obligationes exiſtunt, quarum tamen actiones, nullum in jure nomen habent. Et tunc recurritur ad actiones, quæ in factum appellantur. *l. 1. in princ. d. præſcript. verbis.* Idque ex ea ratione fit, quia ubi jure deſtituimur, in mero facto manemus. *l. ſi unus. 27. §. pactus. 2. d. pact.* Illæ autem in factum actiones, multiplices ſunt, ut explicat Schultes. *quaſt. pract. 10.* ubi preſſius etiam has actiones enodat.

Inter alias autem in factum actiones, inprimis eminet, cùm in contractum incidimus, civili jure approbatum quidem, ſed nomine carentem; quæ appellatur in factum civilis. *l. 1. in fin. l. naturalis. 5. §. at cum do. 2. in f. d. præſcript. verb.* incerta vel incerti. *l. 7. §. 2. d pact.* nonnunquam etiam utilis. *l. 6. in fin. C. d. tranſact.* frequentius autem præſcriptis verbis. *t. t. d. præſcript. verb.*

Vocatur autem præſcriptis verbis, quia certis & quaſi præſcriptis verbis, rem geſtam demonſtrat. Quamvis inibi actio naſcatur, non ex pacti placitis, ſed ex re tantùm. *l. ex placito. 3. in princ. C. d. rer. permut.*

Quo intuitu Cujac. *4. obſerv. cap. 7. in pr.* hanc præſcriptis verbis actionem, ex tacito negotio, magis oriri dicit, quàm ex negotio contracto. Nec quippe oritur illa actio, niſi ex facto, id eſt, ſi à parte agentis, contractus fuerit impletus. Et adeò incerta etiam hæc actio eſt, ut in ejus, qui initium promiſſorum fecit, arbitrio liberrimo verſetur, malitnè etiamnum placita implere, aut reſtituere data. *l. 1. l. 4. in fin. l. 5. C. d. rer. permut.*

Quamvis autem acerrimè controvertatur: *num actio præſcriptis verbis, ſtricti iuris vel bonæ fidei ſit?* magis tamen ea eſt, ut eam bonæ fidei eſſe dicamus, Schultes. *quaſt. 11. per text. in §. actionum. 28. Inſt. d. action.* ubi hæc actio, generaliter, ac perſpicuis

cuis verbis, bonæ fidei appellatur. Quòd autem mox æſtimatoria, & permutationis actio, recenſentur; id non factum eſt, niſi per modum exempli, quod regulam non reſtringit.

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro XX. & XXI. Pandectarum.

TIT. I.

DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS, &c.

1. An, & quæ ſervitutes oppignorari queant?

ET quidem de urbanorum ſervitutibus extra controverſiam eſt, eas oppignorari non poſſe. *l. ſi is qui bona. 11. §. ult. ff. d. pignor.*

Sed idem de ruſticis ſervitutibus, eſt ſtatuendum. Bronchorſt. *2. antinom. aſſert. 75.*

Propter identitatem rationis, quæ in omnibus univerſum ſervitutibus, oppignorationem prohibere videtur. Utiliter enim pignus conſtitui nequit, niſi aliquando vendi poſſit, à creditore. *l. ſi fundus. 16. §. creditor. 5. ff. d. pignorib.* Atqui ſervitutes, tam ruſticæ, quàm urbanæ, à prædiis, quibus cohærent, nullam recipiunt ſeparationem. *l. via. 23. §. ſi fundus. 2. l. unus ex ſociis. 34. d. ſerv. ruſt. prædior.* Et verbi gratiâ, viam quæ competit prædio meo, ut ſcil. ex eo exire queam, per fundum vicinum, à me, tertio, oppignorari nequit: cùm illa via, ei, omnibuſque aliis inutilis ſit, ſi non poſſideant ſimul prædium meum.

Sed hæc ratio ceſſat in eo caſu, ubi is cui competit ſervitus, domino prædii ſervientis, oppignorat eandem; eo fine, ut creditor illa ſervitute utatur, vel debitor ea non utatur, quamdiu pecunia non ſit ſoluta. Quæ certè conventio, licet ſubtilitati juris civilis contraria videatur; cum ſervitus ad tempus conſtitui non poſſit:

Valet tamen causâ utilitatis; meritòque exindè ſuſtinetur. *l. ſed an via. 12. d. pignoribus.* Charondas. *1. veroſimil. cap. 5. num. 7.* Duaren. *2. diſp. cap. 13.* Arumæ. *diſp. 14 ad ll. præcip. theſ. 4.* Et aliàs etiam, illius generis ſervitutum conſtitutio recipitur, quæ ipſo jure

jure non valet: per pacti tamen, vel doli exceptionem ſuſtinetur. *l 4. d. ſervit.* videri etiam Cujacius poteſt. *lib. 15. obſer. cap. 6.* & Hackelm. *illuſtr. 12. theſ. 10.*

Nec certè in ruſticis tantùm ſervitutibus, utilitatis gratiâ approbandum videtur, ut oppignorari queant domino prædii ſervitute onerati; ſed & in urbanis. Forcatul. *Necyom. dial. 113. num. 4.* Nam & promittere poſſum, me ſervitute proſpiciendi, aquæ effundendæ, &c. non uſurum.

Paucis quibuſdam exceptis, verbi gratiâ, tigni immittendi, ubi jus in facto permanente conſiſtit, quod mutari non poteſt.

2. *De feudi oppignoratione.*

FEudum ſine conſenſu domini, & agnatorum, oppignorari, vel hypothecæ oneri ſubjici non poſſe, tralatitium eſt.

Et etiam hoc in caſu, in ſubſidium demum pervenitur ad Feudi venditionem: ubi ſcil. allodialia bona, ad creditores contentandos, ſufficientia non exiſtunt.

Quamvis enim aliàs, creditores electionem habeant, utrumne perſonali, obligatos ſibi, eorumve hæredes, urgere, vel omiſſa actione perſonali, pignora perſequi velint. *l. diſtractu. 14. l. perſecutione. 24. C. d. pignor.* Imò, utramque actionem cumulare poſſunt. *Nov. 4. c. 2. verſ. contra.* Mynſ. *cent. 1. obſerv. 58.* Frider. Mindan. *3. d. cont. Cauſar. cap. 11. num 8.* Aliud tamen eſt in feudali oppignoratione, ubi Feudum pro re aliena habetur, & ideo, ſi non prius excuſſo principali debitore, rem feudalem anguſtare velint, exceptio præpoſterationis ſeu excuſſionis, ipſis objici poteſt, *d Nov. 4. c. 2. auth. hoc ſi debitor, C. d. pignor.*

At verò, quod Rauchbarus tradit. *lib. 1 cap. 44.* ſi hæredes allodiales, feudum à pignoris nexu liberent, eos pecuniam à feudi ſucceſſoribus repetere poſſe (quod quidem jure Saxonico conſtitutum eſt) Id ego de jure communi, adprobare non poſſum.

Namque Feudi ſucceſſor, etiamſi ante ipſe vel ejus majores, conſenſerint in Feudi hypothecationem: attamen non ultra quàm fidejuſſores ſolent, ſe obligare cenſentur; ſuntque quaſi fidejuſſores reales.

Et ita principali, ejuſve hæredibus ſolventibus, non inquietari poſſunt ii, qui in ſubſidium, & in favorem debitoris, ſeſe

vel

vel ſuas, obligarunt: ſi modò pecunia credita in eorum uſus verſa non fuit.

Et hoc etiam Rauchbarus tradit, *quæſt. ſeq. 45.* ſi agnatus conſentiat, in Feudi oppignorationem; eum Feudo ſibi aperto, creditori obligari, quamvis non intervenerit Domini conſenſus. Licet enim ejuſmodi oppignoratio, quoad domini præjudicium, ſit nulla: Agnatus tamen facto ſuo contravenire nequit. Et ſaltem perſonali actione, ex conſenſu & promiſſione ſua, creditoribus tenetur. *l. 1. & t. t. d. obl. & act. l. 1. d. præſcript. verb.* Attamen aliud dicendum omninò eſt, ſi Feudum ſine conſenſu agnatorum, Domino tantùm permittente, oppignoretur: tunc enim Feudo ad ipſos reverſo, liberè ii illud habent. Schvvanman. *conſ. Feudali 2.* ſed conſenſus Domino ſolùm nocet: ſi id ad eum revertatur.

Dominus autem conſentiens in oppignorationem, ſalvo ſuo jure feudali; non propterea feudo ad ſe reverſo, ad æris alieni ſolutionem obligatur: quod tamen cenſet Rauchbar. *d. quæſtion. 45. num. 13.* Sed hoc tantùm innuere videtur, quòd ſi creditor feudum vendere velit, illud ut feudum vendere teneatur. Er muß es als ein Lehen verkauffen: es muß auch der Käuffer ſolches von dem Domino wieder als ein Lehen recognoſcieren: nec ut porrò allodium fiat, vendi poteſt. Et ſemper executio in beneficia, non niſi ſubſidiariè indulgetur, nec in ipſa feuda, ſed ſolùm in fructus, & commoditates. Georg. Everh. *conſ. 38. numer. 11. vol. 2.* Hart. Piſtor. *lib. 1. quæſt. 15.* Knich. *in com. ad reſcript. Anhaltinum, quatenus immiſſio in emolumenta beneficiaria, creditoribus ſit decernenda.* ubi etiam limitat talem executionem, ut ea ita ſit facienda, ne egeat Vaſallus, nec pereant domino ſervitia feudi.

Tandem, ſi dominus conſenſerit ad certum tempus, auff gewiſſe Jahr: tunc etiam elapſô terminô, manet feudum obligatum. Wann der Creditor die Bezahlung nicht erlangen können: aliàs enim creditori, pertinaciâ ſuâ poſſet debitor adimere jus ſuum. Aliud autem dicendum eſt, ſi debitor non exegerit jus ſuum, ſed debitori terminum proroget, ſine novo domini aſſenſu; quo caſu non ampliùs domino nocet primus conſenſus. Et ita moderanda videtur deciſio Rauchbari. *lib. 2. quæſt. 23.*

TIT. II.
IN QUIBUS CAUSIS PIGNUS VEL HYPOTHECA TACITE CONTRAHITUR.

3. *De tacita hypotheca, pecuniam ad emptionem, vel refectionem domûs credentis.*

TAcitam hypothecam non habet, cujus pecuniâ domus eſt empta: *l. 5. §. planè 17. d. tribut. act. l. licet. 7. C. qui potior in pign. l. quamvis. 17. Cod. d. pignor.* licet videatur obſtare *Nov. 97. cap. 3.* Donell. *tr. d. pignor. c. de his qui pot. in pignor. ſub fin.* Bachov. *tr. d. pignor. & hypoth. lib. 1. cap. 12. num. 3.* Anton. Faber. *8. conjectur. cap. 11.* Joh. Robert. *3. animad. cap. 14.*

Qui autem pecuniam credidit in rem emendam, cum pignoris pacto; ille in re tota potior erit: & quidem etiam iis præfertur, qui generalem anteriorem habent. Bachov. *d. loco.*

At qui ad ædium reſtitutionem, aut refectionem credidit nummos, propter favorem publicum, aliis perfertur: ne civitas ruinis dehoneſtetur. Bachov. *d. loc.* (ubi inter refectionem & reſtitutionem, non eſſe differentiam conſtituendam probat) Bronchorſt. *2. ἐναντ. aſſert. 76. per l. qui in nave. 26. & l. quod quis. 34. d. reb. auct. Jud. &c.* Et ideo aliud eſſe ajunt, ſi quis ad refectionem navis, vel ſimilis rei, mutuò pecuniam det: ubi tantus favor non militare videtur. Licet diſſentiat Arumæus. *diſput. ad ll. præcip. 14. theſ. 7.*

Et quod habetur *in l. interdum. 5. ff. qui pot. in pign.* eum qui ad reficiendam navem pecuniam credidit, cæteris creditoribus priorem eſſe: quibus eadem navis priùs erat obligata: Hoc capio de eo caſu, ubi ſibi expreſſâ hypothecâ proſpexit, ſicque totius pignoris cauſam ſalvavit.

4 *Illata & invecta in prædium, quomodo pignoris nexu tacito, ſint obligata?*

INvecta & illata in prædium urbanum, ab inquilino, ut perpetuò (hoc eſt, dum locatio durat) ibi ſint, tacitè, & ſine ulla conventione, ipſa juris auctoritate, locatori pro mercede, obligata eſſe cenſentur.

Aliud eſt in prædiis ruſticis, ibi enim opus eſt conventione expreſſâ, ut illata pignoris jure teneantur.

Nam

Nam certè *in l. 4. in quibus cauſ. pign. tac.* prædia urbana, hoc nomine, ruſticis opponuntur. Bronchorſt. *2. antinom. aſſert. 72.* Charond. *3. veroſim. cap. 13.* Dn. Bachov. *tr. d. pigneribus lib. 1. cap. 11.* licet ferè communiter diſſentiant Doctores noſtri. Negufant. *tr. d. pigneribus, part. 2. membr. 4. num. 145.*

Et certè locatori, pro penſione agri, ſatis cautum eſt fructibus, qui ob mercedem locationis, tacitè pignori ſunt obligati. *l. eo iure. 4. l in prædiis. 7. ff. in quib. cauſ. pign. tacit. l. 3. & l. 5. C. eod. §. 3. v. interdum. Inſt. d. interd.* Quamvis alii, alias diverſitatis rationes ſatagent excogitare. v. Duaren. & Cujac. *ad l. 4. d. pact.* Timæum, Fabr. *1. annot. cap. 14.*

Non impedit, *l. certi Juris 5. C. locat.* ubi dicitur, quæ coloni, voluntate dominorum, in fundum conductum induxerunt, pignoris jure teneri: Nam ibi voluntatis nomine, expreſſa conventio, eſt intelligenda.

Sed hæc hypotheca tacita, non in veſtibus procedit: nam eæ nec in expreſſam generalem venire ſolent. Ant. Monach. *tr. d. execut. in veſtibus. cap. 5.* ubi quod veſtis cotidiana, ſeu quæ ſunt ſuper dorſo inquilini, nullo modo, & ne quidem in ſubſidium cenſeantur obligata. Idem de libris ſtudioſorum eſt dicendum, ut contra Hunnium, Dn. Bachovius probat, *tract. d. pignor. dict. cap. num. 3.*

TIT. IV.
QUI POTIORES IN PIGNORE VEL HYPOTHECA HABEANTUR, &c.

5. *De privilegio dotis.*

UT mulier in dotis proſecutione, anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus, præferatur; contra juris & æquitatis rationem, nonnullis eſſe videtur, vide Daſſel. *conſ. 33.* Arumæum *diſp. 15. παρέργ. 1.* Hackelman. *illuſtr. quæſt. 12. theſ. 12.* Dn. Juſtum Majer. *diſp. ſeu tract. ſingul. d. mulieris hypotheca in dotis repetit.* Facit (1.) *l. 12. C. qui potiores in pignore. §. 1.* ibi: *etiam tacitam donavimus ineſſe hypothecam.* Ergo vocabulum, omnes, mox ſequens, reſtringendum eſt, ad terminos tacitæ hypothecæ. Maximè cùm dicatur: *temporis privilegio vallati.* Privilegium autem propriè dicitur de tacita hypotheca, quæ legis beneficio datur: Impropriè de hypotheca conventionibus conſtituta. Facit

Digitized by Google

(2.) *v. exceptis. in d.l.12.* Exceptio autem loquitur de tacita hypotheca. Ergo & ipſa regula de eo caſu intelligi debet. (3.) Imperator juris beneficium (tacitæ ſcilicet hypothecæ) non jus contractûs, ullo modo adimere poteſt: nec etiam id velle videtur.

In Novell. *97. cap. 3.* dubitatur, *an mulier poſſit vincere eum, qui ad reparationem domus mutuò dat nummos.* Ratio dubitandi eſt, quia hîc vincit expreſſam hypothecam habentem.

Nunc ſi mulier vinceret eum, qui expreſſam hypothecam habet, ratio dubitandi nulla eſſet. Et per conſequens, *l. 12. C. d. t. qui pot. in pign.* haut intelligenda eſt de privilegio, expreſſam hypothecam vincente.

Quod autem Imp. hacce in Nov. ſancit, quod mulier vincere poſſit, etiam huncce creditorem, id fit ex lege nova, quæ omninò ſtrictè eſt intelligenda, nec ultra caſum ibi expreſſum extendenda. Vincit autem mulier ejuſmodi creditorem, quia & ejus prærogativa eſt ex lege: & itaque pendet ex arbitrio Imp. unum privilegium legale, alteri præferre.

TIT. V.
DE DISTRACTIONE PIGNORUM ET HYPOTHECARUM.

4. *De pacto, quod liceat creditori, rei hypothecatæ poſſeſſionem, privata auctoritate occupare.*

DE *pacto*, quo placuit, *creditorem, non redditâ ſibi pecuniâ, rei hypothecatæ poſſeſſionem, privatâ auctoritate occupare poſſe:* daß der Glaubiger Macht und Gewalt habe / das verſchrieben Unter-Pfand / mit oder ohne Recht an ſich zu ziehen; unverhindert ſein deß Schuldners / ſeiner Erben / oder menigliches / ꝛc. damit auch nicht gefrevelt haben ſolle / ꝛc. *dubitatur num id valeat; an verò tanquam juri publico contrarium, & ſcandaloſum, rixiſque & tumultibus anſam præbens, pro nullo debeat haberi?* Et hîc nonnulli ita ſentiunt: ſi creditor, vigore hujuſmodi conventionis, volente, & non prohibente debitore, poſſeſſionem ingrediatur, vim eum facere non videri. Quilibet enim ſecedere de ſua poſſeſſione, eamque alteri conſignare poteſt. Si verò debitor, etiam contra ſuum placitum, hypothecam non dimittat, ſed repugnet: tunc vim facere creditor videtur, ſi jus ſibi privatim conſtitutum, publicâ aut majori

majori

Digitized by Google

majori vi exigere velit, & ita jus crediti amittit. *per l. 5 Cod. d. vi publ. l. extat. 13. ff. quod met. cauſ.* Hackelman. *illuſtr. diſputat. 12. theſ. 3. ad fin.*

Magna tamen hujus clauſulæ vis eſt, & facit nempe, ut locus ſit executioni paratæ: utque per viam mandati, non per ordinarium proceſſum, immiſſio in bona hypothecata, vel mandata de dimittenda hypotheca peti poſſint. Verificatur ergo clauſula, ohne recht / in proceſſu ſummario: & porrigenda eſt, ad id, ut implorato nobili officio judicis, ad præceptum & executionem rectà properari poſſit. Petr. Friderus Mindan. *lib. 2. cap. 71. ſect. 4.* ubi adhuc alias clauſulas, quæ obligationibus inſeri utiliter poſſunt, recenſet.

Et non improbatur etiam tale pactum, ut pignus, pecunia ad diem deſtinatum non ſolutâ, juſto pretio maneat emptum. Hackelm. *d. loc. lit. B. per l. ſi fundus. §. fin. d. pignor.*

7. De Hypotheca judiciali.

Jure civili, conſtitui poteſt hypotheca, etiam per privatam ſcripturam: ſed ea quæ publico nititur inſtrumento, cæteris etiam antiquioribus præfertur: *l. ſcripturas. 11. C. qui pot. in pign.* ego. *diſp. 2. ad Jus VVirtemberg. theſ. 23.*

Jure verò Saxon. & etiam Würtembergico antiquiori, aliorumque locorum ſtatutis, ad fraudes evitandas, haut conſiſtit hypotheca, abſque judiciali decreto; Sed tamen quoad mobilia, eodem illo Saxonico jure *d. l. ſcripturas,* diſpoſitio, minimè obſervatur. Moller. *1. ſemeſtr. cap. 3.*

Et porro ſtante tali ſtatuto, decretum illud à judice ordinario rei ſitæ, emanare debet. Coler. *d. proceſſ. executiv. part. 1. cap. 10. num. 171.* Quamvis illa bona emphiteuticaria forent, & domini directi conſenſus impetratus eſſet. Moller. *lib. 1. cap. 20.*

Et tunc hypothecatio judicialis, præfertur etiam ei, ubi quoque juratò, ſed extra judicium, debitor promiſit, ſe deinceps bona ſua nulli oppignoraturum. Moller. *d. lib. 1. cap. 19.* Juramenta enim in alterius damnum, redundare non debent: nec etiam jus publicum lædere poſſunt.

Quamvis aliàs, actus factus contra juramentum, de non faciendo, ipſo jure nullus exiſtat.

Magis tamen eſt, ut dicamus: hypothecam, à venditore,

in re vendita, nomine precii ſibi reſervatam, etiam abſque conſenſu Judicis valere. Rauchb. *1. cap. 6.* contra Moller. *1. ſemeſtr. 4.* Et quoque in caſu talis ſtatuti, conveniri Judex poteſt, **wann er über ein/ zuvor verſchrieben Unterpfand erkennet.** Moller. *lib. 1. ſemeſtr. c. 21.* Berlich. *2. concluſ. 29. num. 76.* ubi de ejuſmodi ſtatutis plura habet.

8. De impenſis funeris & Medicorum.

IMpenſæ funeris & Medicorum, ante omnia ſunt ſolvendæ: & earum etiam nomine retentio datur, Pfeil. *conſ. 132.* Scio tamen alicubi deciſum fuiſſe, ſolùm ſumptus medicinales prælationem habere, ſi debitor fuerit defunctus: non ſi evaſerit periculum, à morbo ipſi intentatum. Sed hâc de re jam egi ſuprà, *lib. 11. ff. tit. 7.*

LIBER XXI.

TIT. I.

De Ædilitio Edicto & redhibitione & quanti minoris.

DIverſa ſunt remedia. *l. 2. C. d. reſcind. vendit.* & Ædilitii Edicti, ſeu redhibitoriæ, & æſtimatoriæ actionis, quæ competunt ex illo Edicto; de quibus Cujac. *in parat.* hìc pluribus agit. Et quidem remedia hæc, competunt tantùm emptori.

Requiſita redhibitoriæ actionis, enumerat Peguera, *deciſ. 126. à princ.* eaque explicat eleganter: Quod & facit Meichſnerus. *tom. 4. deciſ. ult.* ubi ſimul tradit, Ædilitias haſce actiones, in re quoque immobili locum habere, & de emptione molendini ibi agit; qua de re videri quoque poteſt Linglois. *fol. 157.*

Ubicunque ergo emit quis rem aliquam, quam propter vitium latens, ſibi non expediat habere emptam: ſuccurrit ei Ædilitium Edictum. Roveſtrunck. *d. redhibitorio iudicio Equeſtri. cap. 1. num. 3.*

Illud tamen Edictum, ad ſolas pertinet venditiones, & quæ his ſimiles, permutationes: *l. ſciendum. 19. §. deinde. 5. ff. d. Ædil. Edict* (& quidem non tantùm mancipiorum, ſed & cæterarum quoque rerum. *l. ſciendum. 63. eod*) nec verò in conducto locum habet. Arum. *diſput. ad ll. precip. theſ. 14.* Hotoman. *4. obſerv. cap. 17.* Cujac. *lib. 12. obſ. cap. 38.*

Quam-

Quamvis enim locatio conductio, perquàm vicina etiam ſit emptioni venditioni. *l. 2. ff. locat.* Indeque etiam mirum ipſi Ulpiano videatur, cur remedium hocce non pertineat ad contractum conductionis. *in d. l. 63.* Attamen aliter conductori eſt proſpectum: & Ædiles non ita locationes conductiones, quemadmodum emptiones venditiones obſervabant.

2. *De redhibitione Equi.*

CONſuetudinis eſſe vulgò dici ſolet: quòd Equus, in publico mercatu venditus traditus, **Dene man auff einem freien Jahrmarckt kaufft;** etiamſi vitioſus fuerit inventus, reddi tamen venditori, aut is eo nomine conveniri non poſſit. Sed magis eſt, ut eam conſuetudinem irrationalem pronunciemus: Roveſtrunck. *cap. 2. num. 8.* cùm ſit contra rationem naturalem, & fraudibus campſorum aperiat feneſtram.

Sic & licet pleriſque in locis, non niſi ob certos morbos, ac vitia equorum, redqibitioni locus relinquatur: Jus tamen civile, ſanctius, ſeveriuſque hac in parte eſſe, omnemque deceptionem averſari videtur. Ita tamen, ut morbus redhibitorius ille demùm cenſeatur, qui uſum, miniſteriumque equi, multum impediat, deterioremve reddat: Roveſtrunck. *cap. 4.* Speckhan. *1. quaeſt. 18.* nec ita appareat, ut emptor eum potuerit videre. *l. 14. in fin. ff. d. Ædil. Edict.*

Fit autem ad lites minuendas, ut alicubi, ſingulari etiam ſtatuto, certi ſolùm morbi faciant redhibitioni locum. Ut & Gilhauſen, *arb. civ. cap. 6. part. 1. §. 223. num. 4.* ſtatuit, quatuor ſolùm equos, reſcindere venditionem: Reſtitorem, mucoſum, ſuſpicioſum, & furtivum, vulgò vocant, **die vier Mängel.**

3. *De redhibitione, ob acceſſorium non præſtitum.*

ILlud in dubio contractui adnumeratur, quod tempore contractûs, demonſtratur: aut quod ex conſuetudine rei venditæ accedit. Sicque venit in ædium venditione, **alles dieſes ſo der Nagel hebt:** & nonnullis in locis dolia, aliaque inſtrumenta.

Ita etiam venditò equô, vendita ſimul videtur ſella, & frænum, quibus ille venalis cùm eſſet, ornatus conſpiciebatur. *per l. 38. in princ. d. ædil. edict.* Roveſtrunck. *cap. 6.* niſi nominatim, vel pactô, vel conſuetudine excipiantur. Gl. *in d. l. 38.* Et

Digitized by Google

Et inde quandoque, etiam ob acceſſorium non præſtitum, redhibetur principale. Non rarò namque, intuitu acceſſorii, emimus res ipſas. *l. ſi in emptione. 34. in pr. d. contrah. empt.* Sed hæc pendent ex arbitrio judicis prudentis: qui æſtimet, num ob acceſſorium non præſtitum, contractus reſcindi poſſit. Ut &, an ob ſervitutem quæ rei inhæret, quamque emptor neſciebat, redhibitio detur.

TIT. II.
DE EVICTIONIBUS ET DUPLÆ STIPULATIONE.

4. De Evictione in pignore, vel nomine vendito.

VEnditor ex natura ipſius contractus, tenetur de evictione, etiamſi ea non ſit promiſſa. *l. non dubitatur. 6. ubi Dd. Cod. d. evict.* Hoc tamen non procedit eo in caſu, quando quis ut creditor pignus vendit, *t. t. C. creditor. evict. pign. non debere.* vid. Maſtrill. *lib. 1. deciſ. 28.* Sed id tantùm cogitur præſtare, ut res ſit oppignorata, ſeque potiorem cæteris creditoribus eſſe. *l. in creditore. 38. ff. d. eviction. l. pen. ff. d. diſtract. pignor.* Joh. Anton. Mangilius. *tr. d. evict. quaſt. 44.* ubi aliquot ampliationes & limitationes adducit. Quod inprimis locum habet, **wann man etwas auff der Gant verkaufft.**

Sic & venditor nominis, **der ein Schuld verkaufft** / præſtare tantùm neceſſe habet, ut ſit nomen, non ut debitor ſit ſolvendo: *l. ſi nomen. 4. ff d hæred. vel action. vend. l. ſi plus. 74 § fin. ff. d. evict.* niſi dicat hypothecas idoneas, vel creditorem bonum, & idoneum eſſe. Mangilius. *quaſt. 80. num. 17. &c.*

Ita ſi quis vendat omne jus, quod in tali re habet, haut de evictione tenetur: cùm futurum eventum vendidiſſe cenſeatur. Schæffer. *lib. 3. quaſt. 46. num. 8. &c.*

5. An emens rem alienam ſcienter, teneatur de evictione?

SI quis ſciens rem alienam, alterivè obligatam emat, non ſolùm nomine evictionis haut agere, ſed nec pretium repetere poterit. Ut eſt textus expreſſus, *in l. ſi fundum. 27.* ibi: *quod eo nomine dedit, contra juris poſcit rationem. C. d. evict. l. ſi à matre. 13.*

C. d.

C. d. iur. dot. l. ſi fratris. 7. C. com. utriuſque iudic. Carocius. *tr. d. re furtiva. quaſt. 20.* Diſſentiunt quidem nonnulli Dd. qui ſaltem pretii repetitionem concedunt. Sed tamen hæcce vera, & communis opinio eſt. vid. Covarruv. *lib. 3. var. reſolut. cap. 17. verſ. ad eam.* Hartm. Piſtor. *lib. 2. quaſt. 10. num. 22.* Guilh. Forner. *lib. 2. ſelect. cap. 13.* Fachinæ. *lib. 2. cap. 40.*

Et quamvis ex pacto, tali in caſu promittat venditor evictionem, non tamen tenetur ultra pretii reſtitutionem: nec locum habet ſtipulatio duplæ, aut actio ad intereſſe. *l. ult. §. emtor. 4. C. com. d. legat.* Qui text. in contrarium à nonnullis adfertur: ſed magis exceptionem continet, quàm contrarietatem.

Si ergò quis emat feudum, ſciens prudens, nec ei ad pretii reſtitutionem ipſius vaſalli hæredes ſunt obligati. Arumæ. *deciſ. 4. & ſeq. lib. 1.* Fachinæ. *lib. 7. cap. 14.* Hardevvig. à Daſſel. *conſ. 44.*

Et idem dicendum puto, ſi res Eccleſiaſtica, ein Geiſtlich Gut/ non ignoranti vendatur. Arumæ. *lib. 2. deciſ. 6.*

Ac ſemper in eo culpandus eſt emptor, quòd ſpontè ſe conjecit in periculum pretii amittendi, emendo rem, cujus gravamen non ignoravit. Et proindè conqueri nequit, cum ſcienti & volenti injuria non fiat.

6. *De expenſis, in caſu intentatæ, ſed non impetratæ evictionis.*

VEnditor ad omnes litis expenſas tenetur, ſi emptor damnetur, aut ei res evincatur: Quia actio competens nomine evictionis, tendit ad omne intereſſe.

Si autem emptor ob rem emptam conveniatur, ſed tamen compenſatis expenſis abſolvatur; veriùs eſt, eum à venditore ſumptus repetere non poſſe. *l. ſi ſtatus. 18. Cod. d. evict.* v. Fachinæ. *lib. 2. cap. 39.* Treutl. *diſp. 2. theſ. 8. lit. d. vol. 2.* Cævallos. *opin. com. quaſt. 321.* Mangilius. *quaſt. 184.*

Quamvis enim venditor, teneatur defendere emptorem, in lite mota. *l. ſi plus. 74. §. mota. 2. ff. d. evict. l. qui abſentem. 75. ff. d. procur.* Id tamen intelligo, cum inſtruendo, & aſſiſtendo: non ut ſumptus omnes venditor ferat, ſi à tertio non jure conveniatur.

Utile ergo eſt, ad omnem dubitationem tollendam; ut inſtrumento emptionis, dem Kauffbrieff inſeratur, quòd lite motâ,

m vendi-

Digitized by Google

venditor promittat emptorem defendere ac litem in ſe ſuſcipere, propriis ſuis ſumptibus, & expenſis. Daß der Verkäuffer / den Käuffer / auff den fall erfolgenden Anſpruchs / auff ſeinen Koſten vertretten wölle.

7. De denuntiatione.

EMptori de evictione actio non competit, ſi litis omiſerit denuntiationem. *l. 8. C. d. evict.* Niſi conſtet, rem à venditore etiamſi adfuerit, defendi non potuiſſe. Fachinæ. *2. cap. 37.* aut cùm notorium eſt, venditori nullam defenſionem competere poſſe. Mangilius. *quæſt. 4. num. 55. &c.* Meichſner. *tom. 4. deciſ. 8.*

Tum demum enim emptor ad venditorem regreſſum non habet; ſi victus fuit, quoniam parùm inſtructus eſſet. *l. ſi fundo. 53. §. 1. ff. d. evict.* Et inde nec tenetur emptor appellare, ſi conſtet rem defendi poſſe.

Sed tamen hoc in caſu, emptor probare neceſſe habet, venditorem nullam habuiſſe defenſionem. Fachin. *d. loc.* Porro etiam denuntiatio pacto remitti poteſt. Mangilius. *quæſt. 4. num. 27. &c.* Idque factum videtur, quando venditor promiſiſſet de evictione, quomodocunque res evincatur. Mangil. *d. l. n. 63. &c.*

8. De Evictione, ex natura rei.

ETiamſi quis promiſiſſet evictionem, ſi tamen ea ſequatur ex natura rei, is non tenetur. Maſtrill. *lib. 1. deciſ. 61.*

Quia res cum ſua qualitate, & natura vendita videtur. Niſi à venditore fuerit promiſſum, quòd velit tèneri de qualibet, & quacunque evictione, Maſtrill. *d. l. num. 6.*

Dicitur autem fieri evictio. ex natura rei, ſi res vendita retrahatur, vel aliter ſine venditoris culpa, nec ex ejus proprio proveniat facto, vel auctorum ſuorum, ſed ex jure ſpeciali. Mangil. *quæſt. 134.*

9. De emptore, qui hæres eſt venditoris.

SI emptor ſit hæres venditoris, & inventarium conficiat, ac res ſit evicta: tunc in imponenda ratione bonorum hæreditatis, haut dupli, ſed ſimpli ſolùm ratio habetur. Fachin. *lib. 2. cap. 32.* Quod tum procedit, ſi plures ſint hæredes venditoris, idque propterea fit, ne alii cohæredes nimium graventur; quodque durum eſſe videtur, ut ita ſtricto jure hæres utatur contra defunctum:

ctum: qui adhuc quodammodo vivere cenſetur, dum hæreditas ejus perſonam repræſentat. Et ita reſpondet *in l. 45. ff. ad l. Falcid.* Paulus: *Cùm emptor. venditori, vel contra, hares extitit, evictô homine, utrum duplum in as alienum deducere, vel computare debeat, an ſimplum? Duplum enim eſſet, ſi alius hares extitiſſet. Et benignius eſt, eodem harede exiſtente, ſimplum ei imputari.*

CINNUS
Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro XXII. Pandectarum.
TIT. I.
DE USURIS, FRUCTIBUS, &c.
1. De uſura, quatenus eſt crimen.

USuram omni jure, ſcilicet naturali, Divino, & humano, canonico & civili, vetitam eſſe conſtat: adeò ut nec ipſe Pontifex Romanus, privilegio, diſpenſatione, alio-ve jure, uſurarum exercitium permittere poſſit; ſicque id multò minùs Principi temporali licebit. Imò hoc in caſu talis Princeps excommunicatus eſſet. *Can. 1. d. uſuris. in 6.* Et Princeps ſcelera punire, non permittere tenetur, prout clamat Nicol. de Cuſa, *lib. 3. d. Concord. Cathol. cap. 40.* ubi inquit: *Multa regibus incumbere, maximè adulteria, furta, parricidia, periuria, rapinas, & conſimilia magna peccata cohibere, & è Patria expellere. Inſuper deceptiones, quæ per contractus ac pravitates uſurarias fiunt, eradicare.*

Sicque neceſſariò fatendum erit, uſuram eſſe delictum, & conſequenter propter uſuram criminaliter aliquem puniri, & torturæ quoque ſubjici poſſe, *cap. gravis. 1. d. depoſito.* Peguera. *deciſ. 30. num. 18.*

Et quamvis, *an crimen hoc merè Eccleſiaſticum, vel mixti fori ſit?* multùm inter Dd. controvertatur: magis tamen eſt ut dicamus, mixti fori eſſe. Peguera. *d. l. num. 19. & ſeqq.* Et certè nullibi jus Pontificium vetuit Laicum judicem de hac cauſa cognoſcere, imò ſuper uſuris, judicibus ſecularibus jura dicere permiſit, & jus litigantibus reddere. *c. poſt miſerabilem. 12. d. uſuris.* ibi: *Judæos ad remittendas Chriſtianis uſuras, per Principes & poteſtates ſeculares compelli præcipimus.* Quod ſi hoc crimen merè Eccleſiaſti-

cum foret, profectò jus Canonicum, alicubi laicos judices id tractare prohibuiſſet, juxta *c. tuam. 3. d. ordin. cognitio. cap. 1. c. 2. qui filii ſint legitimi. c. ut inquiſition. 17. v. inhibemus, de hæreticis. in 6.*

Et poteſt ideo ſecularis Princeps, uſurariis pro arbitrio imponere pœnas. Peguera. *deciſ. 31.* ubi docet, uſuram furtum; uſurarium eſſe latronem: idemque exiſtere, pauperi res furtô ſubtrahere, quod diviti mutuò ſub uſuris dare, aliaſque uſurariorum pœnas recenſet. Et *deciſ 35.* docet, Judicem in cauſa uſuraria, ex officio; ac quandoque etiam nullâ præcedente diffamatione, procedere poſſe: cùm ejuſmodi inquiſitio, intentetur ad correctionem peccati. Nec etiam conſuetudo fænerandi, à pœna temporali excuſare videtur. Peguera. *deciſ. 34.*

2. *Quomodo uſura crimen committatur?*

IN ſolo quidem mutuo, ſed tam in vero, quàm palliato, committitur uſura: ubicunque nempe aliquid accipitur propter officium mutuationis. Hincque uſura definitur: quod ſit, ***quodcunque ſolutioni rei mutuatæ accedit, ipſius rei uſus gratiâ; pactione interpoſitâ, vel intentione habitâ in contractu, vel in exactione habita, ex poſt facto.*** Peguera. *deciſ. 30. à pr.*

Eſt autem mutuum palliatum, quod ſecundum ſuam formam apertam, & verba contrahentium, alius quàm mutui contractus eſt: Secundum formam verò latentem, & mentem contrahentium veram, vel de jure præſumptam, mutuum exiſtit. Et talis eſt omnis contractus, alius à mutuo; in quo quis minoris juſtô pretiô, quærit aliquid propter anticipatam ſolutionem, *c. in civitate 6. c. conſuluit. 10. Ext. d. uſur. c. ad noſtram. 5. d. empt. & vendit. c. illo vos. 4. d. pignoribus.* Peguera. *deciſ. 32. & ſeq.* ut & *145.* ubi hoc per plura exempla deducit.

Et ita paciſci non licet, ut debitor collectas de pecunia mutuò accepta, ſolvat Magiſtratui ſuperiori. Rauchbar. *1. quæſt. 18.* Das Gelt ſolle der jenig verſchoſſen / ſo ſelbiges um Zinß außgelihen hatt. Et quamvis literis cenſualibus, plerumque illa clauſula inſeratur: daß der Zinßreicher den ſchuldigen Zinß ohne coſten / und Schaden / auch ohne Stewer erlegen wölle. Hoc tamen ita eſt intelligendum, quòd dominus cenſus, der jenig / welchem der Zinß gereicht wird / non poſſit collectari, occaſione illius cenſus, in loco ubi cenſus ſolvi ſolet. Sed ſi etiam cenſus, die angelegte Gilt / in lo-

in loco domicilii, ubi dominus cenſûs habitat, collectis ſoleant onerari, tunc uſuræ incurritur crimen, ſi talem collectam, ex pacto debitor ſolvere teneatur; quia nempe alias collectas, bonis ſcil. hypothecatis impoſitas ſolvit.

Intereſſe porro, quantum ſcil. mihi abeſt, quantumqne potui lucrari, etiam in nummis, cæteriſque fungibilibus rebus, admittitur. Quin & valere ajunt, vi ipſius conventionis, in mutuo ſtipulationem, de intereſſe futuro; ſub certa ſumma, initio taxata. Vid. Franciſc. Zypæum, *in analyt. enarr. Juris Pontif. novi, tit. de uſuris.* ubi etiam refert, ob eandem cauſam, Leonem X. montes pietatis, ultra ſortem accipientes, pro oneribus & ſalariis Officialium, excuſâſſe in Concilio Lateranenſi. Qui & porro ita ſcribit: *Quamvis uſurarum exercitium iure divino vetitum ſit, tamen, quemadmodum in Rep. ut maiora mala evitentur, tolerantur minora. Sic principes noſtri, Belgii ſcil. ne plures ad obſcuras uſuras, maiori Reip. incommodo dilabantur: & propter neceſſitatem, & populi indigentiam, debuerunt permittere Lombardos* (id nomen ſortiti ſunt ab iis, qui primùm ex ea natione illud exercitium in Galliam, & Belgium attulerunt, & publicitùs exercuerunt) *idque & maiores ſuos, aliosque ſupremos Principes feciſſe declarant, & facere* (ut de Pontifice meminit Navarr. quoad terras ſuas) *quaſi facultas hæc ad regalia, & ſupremam poteſtatem ſpectet, ut id cenſet Navarrus: unde invenio in concordatis Ducis Brab. & dominorum de Grimbergen. anni 1297. hoc ſtipulatos, ut in ſua ditione eis ius foret habendi* Lombardum, *quod mero iure, & citra pactum eis non licuiſſet.*

Et ideo has eſſe puto argentarias, quæ à Frederico cenſentur inter Regalias: In uſibus feud. tit. quæ ſint Regalia. non vetus argentariorum munus, de quo l. 4. & paſſim Dd. de edendo. Nam & reliqua Regaliarum voces & iura, vel nihil ſonant Romanum, vel ab eo longo intervallo ſecernuntur. Hacten. Zypæus.

Sic & licitus poteſt eſſe Antichreſeos contractus; Pfeil. *conſ. 61.* Rauchbar. *lib. 1. quæſtion.* quem Germani ein Pfandſchafft vocant, ubi pignoris loco alicui traduntur immobilia bona, ut eorum uſumfructum habeat tamdiu, uſque dum pecunia credita ſolvatur; & valet ille contractus, licet ejuſmodi fructuum emolumentum, commodum legitimarum uſurarum excedat. *l. ſi ea lege. 17. l. oleo. 23. C. d. uſur.*

Idque fit propter fructuum incertitudinem. Sed tamen ex arbitrio boni viri, ille exceſſus eſt ita moderandus, ut probabiliter ad modum uſurarum legitimarum redigatur. Debet & alia requiſita emptionis venditionis annui cenſus habere.

Non verò in caſu emptionis venditionis cenſualis, aut ubi licita eſt uſura: da man Gelt auff gebührenden Zinß außleyhen darff: in arbitrio creditoris eſſe debet, repetere pretium, aut exigere ſolutionem. Rauchbar. *1. quaſt. 19.* Maſtrill. *1. deciſ. 91.* Et in Camera Imperiali tale pactum (utpote inutile) pro non adjecto habetur. Gail. *lib. 2. obſerv. 5. & 7.* Valere tamen putatur conventio, ut ceſſante penſionum ſolutione, ſortem cum reditibus, repetere liceat emptori. Deputat. Abſchid. An. 600. §. 38. Ferner iſt diß. Et etiam Würtembergico jure, darff man nach Verflieſſung vier Jahren abkünden. Newe Lands-Ordnung. *fol. 29.* Sicque, ferè verbis ſolùm, à mutuo uſurario, annuus reditus differt.

Sed cùm hæc latiùs explicentur, in ſequenti Reſponſo juris; illud adponere, non præter rem eſſe putavi.

I. N. D. N. I. C.

DEr Herr Prælat zu N. hauſen / bey M. hat einer gebornen Perſon / auff Bürgſchafft ihrer Gn. underthonen / die ſich in proprio gegen ihme Herrn Prælaten / und deſſen Gotteshauß verſchrieben / N. 1000. fl. an guter Wehrung gelihen / ſo anhero richtig in gleicher Wehrſchafft verzinßt worden. Die obligation lautet auff einen ewigen Kauff. Auff einem halben Bogen aber / hat man underſchreiben oder verſprechen müſſen / die Ablöſung / wann ſie der Herr Gültkäuffer begehren würd / zu erſtatten. Anjetzo kündt er Herr Prælat den Underthonen ab / und trohet mit geiſtlichen Proceſſen / deren man ſich in der obligation unterworffen. Iſt derowegen die Frag / wann man je ablöſen müßte (ſo doch in ſo kurtzem drey Monatlichen termin / bey erlittenen Kriegs-Preſſuren ſehr beſchwehrlich / und faſt nnmüglich) ob die empfangne intereſſe defalciren werden können / oder was ſonſten zu thun.

Auff dieſe Frag kan ich underſchriebner anderſt nicht antworten / dann das ſolch abſonderliche pactum, darin die Gültverkäuffere oder Schuldner / auff begehren deß Herrn Gültkäuffers oder Creditoris, abzulöſen verſprochen / an ihme ſelbſten nichtig / unkräfftig und von Unwürden ſeye. Dann

Digitized by Google

Dann obwol etliche der Meinung ſeynd / das deregleichen pactum gültig und gehalten werden müſſe / prout videri licet apud Caſparum Rodericum *d. annuis redit. lib 1. quaſt. 5. ad fin.*

Fatentur tamen iidem, contractum hunc, non carere ſuſpicione, & Chriſtianis conſulendum eſſe, ut ab eo abſtineant. Hingegen auch ſeynd noch mehrere / und die mit beſſerem Grund / beſtändig darfür halten / es ſeye dergleichen pactum, allerdings wucherlich / verbotten und zu verwerffen.

Quam in rem eleganter Joann. Parladorius *lib. 2. rer. quotid. c. 2. num. 16 & ſeq.* ſcribit: Illud quis rogo ferat? quòd etiam à doctiſſimis, & eiſdem Chriſtianæ pietatis colentiſſimis viris probatum video, legitimam eſſe conventionem illam, & ab uſuræ crimine alienam, ſi paciſcar cum Titio, ut accipiat ille à me tot nummos, puta centum, ut teneatur ad certum tempus, fortè ad 12. annos, certum reditum, pone dena annua mihi perſolvere. Proh divum hominumque fidem, quid eſt, ſi hæc uſura non eſt, & quid quæſo hîc agitur, niſi ut Titio pecuniam credam, ſolutione ejus in plures annos dilata? Diſperéam ſi non iſthic, aut nullibi unquam uſuræ crimen admittatur. Ut enim D. edocet Ambroſius: *quicquid ſorti accedit, uſura eſt, & quodcunque ei nomen imponas uſura eſt. c. plerique. 14. quaſt. 3.* At dixeris, hic emptionem atque venditionem contrahi: quia nempe annus reditus pretio certo ematur. Minimè, nam ſi vim juris ſpectamus, obligatio ad tempus ipſo quidem jure contrahi non poteſt: nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi deſinet; tempus autem non eſt modus tollendæ vel inducendæ obligationis. *l. eum. qui ita. 56. §. qui ita ſtipulatus. 4. ff. d. V. O. l. oblig n. 44. §. 1 ff. d O. & A. l 4 ff d ſervit.* Hoc igitur caſu imaginarius eſt cenſus: re autem mutuum eſt. At non reddit iſte quam accepit ſortem: fabulæ. Imò reddit quidem, cum acceſſione & uſura. Et quid enim, rogo, ad excuſationem uſuræ proficit, minutatione an ſimul uſura ſorti accedat? Sed fac emptionem & venditionem hoc loco contrahi, an non hic ex aperto fraus legi cogitata videtur? an non nomine emimus, re autem in creditum imus? Cur ergo tale conventionis genus, uſuræ crimine non damnabimus? Niſi forte nomina rei ſubſtantiam mutant, aut verba ſalvant conſcientiam, aut legi fraus fieri lege aliqua conceditur? aut forſan minus valere debet, quod agitur, quàm quod ſimu-

Digitized by Google

ſimulatè concipitur? Sed longè ſecus eſt. Nec enim nomina mutant contractus naturam: *l. inſulam. 6. ff. d. præſcript. verb.* nec verba ſalvant conſcientiam, ut eleganter Bl. inquit, *in l. 2. §. in mutui. ff. ſi cert. pet.* Nec uſquam lege aliqua legi fraus fieri permittitur. *l. non dubium. 5. Cod. d. legib.* Etiam certiſſima eſt juris regula, plus valere quod agitur, quàm quod ſimulatè concipitur, ut Codicis rubrica demonſtrat. Denique nummarius iſte cenſus, ut legitimè conſtituatur, perpetuus eſſe debet, id eſt, donec redimatur, non ad certum tempus, juxta conſtit. Martini & Calixti inter extravagantes communes. *tit. d. empt. & vendit.* Poſtremò pro hac noſtra opinione, habemus teſtem ſatis idoneum & locupletem Panormit. Abba. *diſp. 5. col. antepen.* ubi expreſſim ſcribit, hujuſmodi conventionem uſuræ vitiò laborare. Hactenus Parladorius. Franciſc. quoque Vivius *deciſ. 84.* acriter contendit, ad certum tempus redituum emptionem, jure improbari, etiam accedente jurejurando. Pretium igitur repeti haut poteſt; quod & placet Vincentio d. Franchis, *Neap. deciſ. 254. num. 9.* Franciſc. Milanenſ. Siciliæ *deciſ. 2. num. 10. lib. 2.* Joan. Coraſ. SC. Toloſ. *cap. 45.* ibi: cum non poſſit repeti pretium. Conſentit Felicia. de Solis *in tr. d. Cenſib. lib. 1. cap. 4.* ubi ſub *num 14.* ſcribit: in cenſu, recipiens ſeu venditor nullo modo obligatur, ad reddendum pretium, quod accepit, neque in corpore, neque in genere; ſed ipſa pecunia, pretium ſive ſors abalienatur in perpetuum, abſque ulla prorſus ſpe repetendi, quod emptionis proprium eſt. Cujus oppoſitum è diametro reperitur in mutuo, in quo tametſi accipiens efficiatur dominus pecuniæ, non tamen liberè, neque pecunia omninò abalienatur à mutuante. Et paulò pòſt: Ergò ſubſtantialis differentia inter cenſum & mutuum, procedit ex ea radice, quòd cenſûs vera emptio eſt, & in eo ſors & pecunia abalienatur à dante, fitque accipientis, abſque ulla prorſus ſpe repetendi: quia venditor cenſûs cogi compellique non poteſt, ut pretium reſtituat aliquando, in eoque conſiſtit maximè juſtitia hujus contractus. At in mutuo accipiens tenetur reſtituere pecuniam, non eandem numerô, quam accepit, ſed aliam pecuniam ejuſdem generis tantùm, & ejuſdem qualitatis, ad idque compelli poteſt.

Pluribus hac de re, & quidem ex profeſſo agit idem Felicianus, *cap. 7. num. 15.* ubi duas ſibi invicem contradicentès opiniones

rationes hoc de pacto refert, eaſque diſtinctionis fœdere conciliare nititur: & tandem rejecta opinione Medinæ, rejecta item à ſe allata diſtinctione firmiter concludit, nullius eſſe momenti conventionem, qua redemptionis facultas in liberam confertur emptoris voluntatem; ſive res ſola, ſive perſona obligetur.

Ac addit: Et quod magis eſt, reditus interim percepti, erunt in ſorte computandi. Quoniam cùm cauſa legitima non ſubſit, ex qua Creditor percipere valeat, tenebitur reſtituere vel imputare, ſaltem ex generali æquitate. *text. in lege, ſi & me, & Titium. 32. ff. ſi cert. pet.* Ubi antiqui & moderni omnes annotârunt, quod ſi res meá ad aliquem pervenit, nec eſt cauſa, quâ apud eum debeat remanere, certi condictione, vel ſine cauſa condici poſſit. Imò prædictus auctor cenſet, eum qui adjicit pactionem iſtam, incurrere pœnas à jure canonico, civili, & Regio ſtatutas. Quoniam hîc mutuum adeſt, Cenſus nomine, figurâ, & apparentiâ obtectum: & uſuram commiſſam in mutuo præſumpto & palliato, pœnis ordinariis affici conſtat. Weil derowegen nach Anleitung deſſen / ſo anhero deducirt / ein Gültkauff / da die Abkündung bey dem Gültkäuffer ſtehet / in effectu, ein verum, vel ſaltem palliatum mutuum iſt: als thut ferner / bereit jetzt angedeuter maſſen wol ſchließlich folgen / daß wann je der Gültkäuffer auff die Abloſung tringen wolt / er die anhero empfangne Zinß / als ein veram uſuram, wieder herauß geben / oder doch geſtatten müßte / daß ihme ſolche von dem Hauptgut abgezogen würden.

Uſuræ n. tanquam naturá non debitæ, condici vel reſtitui debent, aut etiam compenſari poſſunt. per *c. cùm tu. 5. & c. tua. 9. ut & c. tuas. 13. Extr. d. uſur.* ubi hoc latè docent Dd. Canoniſtæ. Quam etiam in rem notanda ſunt verba Domini Meichſneri, qui *lib. 1. deciſ. 12 ſub num. 26.* ita ſcribit: In conſtitutionibus Imperialibus, nihil ſtatutum eſt de reſtitutione uſurarum, licet de mente ſtatuentium nihil dubitem. Video de jure civili uſuras repeti non poſſe, cùm etiam nudo pacto promiſſæ & ſolutæ, repeti nonqueant, *l. quamvis. 3. C. d. uſuris. l. ſi non ſortem. 26. ff. d. condict. indebiti.* Sed cùm vigore Conſtitutionis tales contractus, ubi uſura ſtipulatur, non liciti tantùm, ſed & ipſo jure nulli ſint: ſequitur hanc de reſtitutione quæſtionem, potius de Jure Canonico, quod Conſtitutiones hac in parte approbant, decidendam eſſe. Et addit: etiam hæredes ad id teneri: quod repetit *num. 44.*

n Et hæc

Et hæc omnia præjudiciis firmat, paſſimque in tota illa deciſione, de repetitione uſurarum ſolutarum agit.

So würdt auch ferner dieſe Meinung/ daß nemlich durch kein Pact oder Geding/ verſchafft werden könne/ daß der Gültreicher/ ſo die penſion richtig erſtattet/ das Hauptgut auff erfordern/ wieder ablöſen müſſe/ in dem Römiſchen Reich/ *per Conſtit. Imper. d. An. 48. ſub tit.* von wucherlichen Contracten §. und nach dem wieder-Kauffsgülten/ rc. ſo wol auch per praxin Cameralem roborirt/ teſte Gail. *lib. 2. obſ. 7. ubi num. 14.* ſcribit: Illud pugna caret, contractum illum eſſe uſurarium, quando pecunia non alienatur in omne tempus, ſed arbitrio Creditoris permittitur, ut eam certa die repetere poſſit, & interim annua quædam penſio ex pecunia ei ſolvatur: quia eo caſu non emptionis, ſed mutui contractus eſt, & proinde acceſſio uſurariam pravitatem continet.

Welchem allem nach gar nicht zu zweiflen/ dann das von eim Löblichen Biſchöfflichen Conſiſtorio zu Conſtanz/ dieſer Meinung gemäß/ quæ utpote in Imperio recepta, & quæ etiam conſcientias magis tutas reddit, geſprochen werden müſſe. Et ita ſalvo aliorum calculo ſentio Ego. C. B.

3. *De Uſuris ex Mora.*

IN bonæ fidei Judiciis, uſuræ ex mora debentur. *l. 32. §. 1. d. uſur.* Aliter ſe res habet, in Judiciis ſtricti juris. Inibi enim non niſi per ſtipulationem venire videntur. *l. 3. & l. 24. d. praſcript. verbis.* Nam certè veteres, rei per ſe odioſæ, obligationem, niſi magnâ prævia cautione, non admittendam eſſe reputaverunt. Arumæ. *diſp. ad ll. præcip. 14. theſ. 16.*

Sic & quamvis de jure civili, omnes acceſſiones & fructus, à tempore litis conteſtatæ debeantur. *l. 38. §. 7. d. uſur. l. 68. d. rei vind. l. 8. d. re iud.* Uſuras tamen, nunquam in Judiciis ſtricti juris, niſi ex ſtipulatione; & ne quidem poſt litem conteſtatam incipere currere, placuit frequenter. *l. 3. C. d. uſur. l. 24. d. praſcript. verbis.* Gœddæ. *d. ſtipul. c. 11. num. 121. & ſeq.* Hackelman. *illuſtr. diſp. 12. theſ. 17.*

At ſi mutuans ſit in mora pecuniam reſtituendi, poteſt de jure noviſſimo rectè conveniri, tam nomine intereſſe lucri ceſſantis, quàm etiam damni emergentis. *cap. 2. extr. d. fideiuſſ.* Deputations Abſchied. *d. Anno. 600.* §. So viel nun, *144.* Gail. *2. obſ. 5. num.*

Digitized by Google

3. num. 14. & vid. eund. *obſ. ſeq.* Et quòd de jure Canonico, etiam in mutuo, habeatur ratio intereſſe, à tempore moræ, poſt Gloſſ. docet Molinæ. *d. uſur. num. 32.* Hancque eſſe opinionem communem, & naturali ratione ſuffultam, dicit Meichſnerus, *tom. 1. deciſ. 12. num. 37.* qui idem *num. 38.* tradit: dici interpellationem, ſuccedere loco litis conteſtationis. Et *ibid.* etiam ait: intereſſe lucri ceſſantis peti non poſſe: Ac ibi paſſim materiam uſurarum, & intereſſe ex morâ, explicat pro more eruditè. Validum autem & uſitatum eſt pactum, ut ſtetur alterius aſſertioni circa damna & intereſſe. Maſtrill. *lib. 1. deciſ. 60.* Barſchamp. *in tr. clauſular. cap. 3. §. 3.* Eſtque pactum illud, remedium litium finiendarum, maximè ſi illa aſſertio ſit jurata.

4. *Debitor in mora conſtituitur, unicâ interpellatione, etiam extrajudiciali.*

FIrmat hanc aſſertionem. *l. 32. d. uſur. & l. 23. d. verb. obl.* Arumæ. *d. diſp. 14. theſ. 18.* Ac ita in foro obſervari, atteſtatur Gœddæ. *d. ſtipul. cap. 11. num. 66.* Et ſanè cùm ſimpliciter illi textus loquantur, nec plurali numero utantur, de unico actu intelligendi erunt.

Nec impediunt *l. ſi mandatu. 59. §. ille. ff. mand. l. qui Roma. 122. §. coheredes. d. verb. obl. l. Æmilius. 38. ff. d. minor.* Quia ibi hiſtoriæ, & certi facti ſpecies enarrantur, non quid fieri debeat traditur. Et ut eleg. Jaſ. *in d. l. qui Roma. § Seia. num. 26.* ait: *Ex contingentia facti, non eſt licitum arguere in iure, quando Legislator in ea non ſe fundat.*

Quod autem dotis promiſſor, moram citra interpellationem incurrat, decidit Arumæ. *lib. 1. deciſ. 3.* Videtur enim maritus, nuptias celebrando ex ſuâ parte impleviſſe contractum, & eo ipſo, promiſſorem dotis conſtituere in mora.

5. *An & quatenus uſuræ habeant etiam ſortis prælationem?*

UBi ſors prælationem habet, idem privilegium etiam merentur uſuræ: per text. expreſſ. *in l. Lucius T. 18. qui pot. in pign.* v. Roſacorb. *pr. forenſ. cap. 94.* Moller. *1. ſemeſter. cap. 28.* me *diſp. 1. ad ius Municip. VVürt. theſ. 143.*

Diſſentiunt nonnulli, ſolâ æquitate niſi, in caſu concurſus

creditorum: quibus iniquum videtur, quòd quidam capiant uſuras, alii damnum ſentiant in ſorte. Conſ. Altorff. *59. ad fin.* Weſembec. *conſil. 50. numero. 34. ad fin.*

Sed certè opinio hæc iniqua planè eſt, in caſu **eines ordenlichen Gültkauffs**: ubi cumprimis conſtitutio hypothecæ, reſpicit annuam penſionem.

Magis ergo eſt ut dicamus, prædictam illam ſententiam mitiorem, reſtringendam eſſe ad uſuras ex mora venientes. arg. *l. 72. d. ſolut.* ubi Gothofred. *l. 161. d. Reg. Jur.* Hodiè autem non licet ſtipulari uſuras: & ſic de iis inanis quæſtio erit.

Demum & hoc addo: Creditorem, recipientem debitum principale, abſque reſervatione uſurarum venientium ex morâ, vel ejus quod intereſt; præſumi remittere uſuras, vel intereſſe. *l. 4. C. depoſ.* Cùm ſolutâ ſorte, nulla amplius creditori actio ſuperſit. Schæffer. *libro. 1. quaſt. 40.*

6. *An ſola oblatio, inhibeat curſum uſurarum?*

SOla oblatio, non inhibet curſum uſurarum: ſed inſuper conſignatio & depoſitio neceſſaria eſt. *l. 6. 9. & 19. C. d. uſur.* Et hæc tria, oblatio nimirum, conſignatio, & depoſitio exiguntur à debitore, cùm creditor præſens eſt, cui pecunia poſſit offerri: qui ſi abſuerit, magiſtratus interpellabitur. *l. 6. C. d. uſur.* ut eo præſente pecunia offeratur: deinde obſignata, ejus auctoritate deponatur.

Nec etiam æquum eſt, ut ſola oblatio quamvis realis, ſiſtat uſurarum curſum: cùm ante depoſitionem, debitor adhuc fruatur commodo, quod ex pecunia percipere poteſt.

Contra communem, ſolam oblationem hîc ſufficere Molinæus putat. *tr. d. uſur. num. 296. &c.* eumque ſecutus Duarenus. *in l. qui Romæ. 122. §. Seia. 5. d. verb. oblig.* Sed certè *d. §. Seia.* non eorum ſententiam firmat: loquitur enim de tali caſu, ubi debitor, ex incertitudine quadam, non potuit pecuniam deponere, & obſignare: ut rectè *ibid.* docet Donellus.

7. *De fructibus.*

MAlæ fidei poſſeſſor, indifferenter nullos fructus ſuos facit: imò & percipiendos reſtituere cogitur. *l. certum. 22. Cod. d. rei. vind.* Nihil

Digitized by Google

Nihilque frequentiùs eſt, quàm ut ſpoliatores, quique his ſimiles, in fructus perceptos & percipiendos, ſive qui percipi potuere, condemnentur. vid. Menoch. *d. recup. poſſ. remed. 1. num. 414. &c.*

Bonæ fidei è contra poſſeſſor, omne (ſolis conventionis tempore pendentibus, exceptis) lucratur. *§. 35. d. rer. diviſ.* qui locus, tam de fructibus merè naturalibus, quàm induſtrialibus intelligi debet: cùm non ſolum de culturâ, ſed curâ ibidem Imp. loquatur; quâ certè etiam indigent fructus induſtriales. Ac quoque tantundem præſtat poſſeſſori bona fides, quantum veritas dominii, quoties lex non eſt impedimento. *l. 136. d. Reg. Jur.*

Nec inter ſeparatos quidem, ſed tamen adhuc extantes, & nondum conſumptos, differentia eſt facienda. Quamvis enim non improbabiliter dici poſſit, fructus (maxumè naturales) ſi non ſint conſumpti, ſuperveniente domino vindicari poſſe. Contrarium tamen reſpondetur in *l. 28. d. uſur.* ubi Gajus: *In pecudum, inquit, fructu, etiam fœtus eſt; ſicut lac, & pilus, & lana. Itaque & agni, hædi, & vituli, ſtatim pleno iure fiunt bona fidei poſſeſſoris. l. bona f. 48. in pr.* ibi: *ſtatim ubi à ſolo ſeparati ſunt. ff. d. acquir. rer. Dom.* Nec hic inter induſtrales & naturales differentiam eſſe faciendam, probat Donell. *4. com. cap. 26.* & certè *d. l. 28.* loquitur de fructibus, quos naturales vocant.

Porro autem bonæ fidei poſſeſſor, non ſtatim is videri debet; qui juris ignorantiâ lapſus, rem quandam poſſidere comperitur: cùm ſcil. ſcit, vel debeat ſcire, rem alienam ſe poſſidere. Ut eſt caſus *in l. 19. in fin. d. donat. int. vir. & ux. & l. 57. d. acquir. rer domin.*

Quemadmodum hæc omnia explicat Lyclam. *l. 3. membr. ecl. 1.* Dn. Bocer. *Differt. hac d. quaſt. ſing. qua iuncta eſt eiusd. tr. d. crim. Maieſt.* Gilcken. *ad tit. Inſtit. d. acquir. rer. domin. fol. 358. & ſeqq. mult.*

8. De fructibus Juriſdictionalibus, Eccleſiaſticorumque beneficiorum.

Pœnæ, condemnationes, & bonorum confiſcationes, fructus ſunt juriſdictionis: poſt alios Bald. *in l. ult. num. 2.* quem & ibi communiter Dd. ſequuntur, *ff. ſolut. matrim* Gilcken. *ad tit. Inſt. d. acquir. rer. domin. §. ſi quis à non domino. cap. 4. fol. 328.*

 Si au-

Si autem territorium, à diverſis, diverſo tempore poſſideatur; pœnas pecuniarias is petet, cujus tempore delictum fuit commiſſum; non cujus tempore ſententia eſt lata. Maſtrill. *lib. 1. deciſ. 12.* Et ratio hujuſmodi concluſionis eſt, quia ſtatim comiſſo delicto, dicitur acquiſitum jus fiſco. *l. quacunq; actiones. 56. ff. d. obl. & act. l. ſi qui in puteum. 11. ff. quod vi aut clam.* Bart. *in l quod ait lex. §. 1. ff ad l. Jul. de adult.* ubi dixit, quòd in delictis initium ſpectandum eſt, ut ſciamus, ad quem pertineat punitio & facit, quia tempore delicti orta eſt obligatio ad pœnam. *l. ult. C. d. ſent. paſſ.*

Et quamvis ejuſmodi pœnæ fiſcales, ante factam condemnationem, nedum fructus percepti, ſed tantùm ſeminati eſſe cenſeantur: ideoque non ad illum, cujus tempore delictum commiſſum fuit, ſpectare videantur; prior tamen opinio magis communis, & in judicando recepta dicitur, à prædicto Maſtrillo. *ibid. num. 11.*

Aliud verò reſpondendum eſt, de fructibus beneficiorum non exactis, qui ad hæredes Eccleſiaſticarum perſonarum non tranſeunt: etſi pro tempore, ante obitum decurſo debeantur. Ex Conſtitut. Julii. *3. P. M. l. 7. decretal. tit. de fruct. benefic. reſtitut. cap. 3.* Id quod ſingularem habet rationem: Nec enim fructus ſunt in patrimonio Parochi, ſive beneficiati.

9. De meliorationibus deducendis.

ILle qui emit rem, quam ſcit per fideicommiſſum reſtitutioni ſubjectam eſſe, meliorationes non deducit; eorumque nomine nil petere poteſt. Peguer. *deciſ. 150.* Magon. *deciſ. Lucenſ. 33.*

Probatur hæc concluſio, per *l. fin. §. emptor. Cod. com. d. legat.* ibi: emptor autem ſciens rei gravamen, adverſus venditorem actionem habeat, tantummodò ad reſtitutionem pretii, neque melioratione locum habente: cùm ſufficiat ei pro pretio, ſaltem quod ſciens dedit pro aliena re, ſibi ſatisfieri.

Hiſce tamen maximè obſtat text. *in l. intra utile, 39. §. vendentibus. ff. d. minoribus. 25. an.* ubi expreſsè cavetur minorem, cujus fundus per illius curatorem fuit Titio venditus, non poſſe reſtitui contra Titium emptorem; niſi eidem Titio reſtituat expenſas quas ibi fecit. Videtur etiam obſtare *text. in l. pen. ff. locati.* ubi licet colonus, propter penſionem non ſolutam ejiciatur; tamen repetit expenſas utiliter factas. Ergò non videtur æquum, quòd emptor

Digitized by Google

emptor rei ſubjectæ reſtitutioni, rem reſtituendo, perdere debeat meliorationes. Reſpondit tamen Bald. *in d. §. emptor.* prædicta jura in contrarium allegata, nil impedire: ideò quòd in caſu illarum militabat bona fides, ut ex contextu & diſpoſitione ſatis patet; & quando hæc militat, clarum eſt, integra jura poſſeſſori conſervari, ut probatur *in eod. §. emptor. in fin.* ubi text. emptoribus bonæ fidei integra jura, & nullo modo diminuta contra venditores conſervat: in caſu autem noſtræ concluſionis, non recuperantur meliorationes & expenſæ: quia emptor in dictis meliorationibus fuit in mala fide, propter quam ſuam temeritatem, eas perdere debet.

Aliàs ubi melioramenta debentur, eorum nomine competit jus retentionis, & ſi nondum fuerint æſtimata. Magon. *deciſ. 81.* Maſtrill. *1. deciſ. 98.*

Id quod tamen Magonius *num. 23. & ſeqq.* ad expenſas ſolùm neceſſarias reſtringit. Et etiam Maſtrillus conſtare debere dicit, melioramenta adeſſe, partemque incontinenti ea liquidare velle.

Porro ſi Emphytheuſis, ſive Civilis, ſive Eccleſiaſtica; aut etiam Feudum, abſque culpa Vaſalli, aut Emphyteutæ finiatur: tunc melioramenta hæredibus quibuſcunque debentur. Dn. Johan. Mylius ad Beroium. *quæſt. 19.* ubi alios adhuc plures allegat.

Si autem temporis beneficio, rerumque viciſſitudine, abſque expenſa, vel pretio, contigerit augmentum: ab eo, cui augmentum cum re reſtituitur, eo nomine nihil eſt expectandum. *§. præterea 20. Inſtit. d. rer. diviſ.* Aliud eſt, ſi Juriſdictio à Vaſallo, in agris Caſtri, quos cum illo, abſque ea in Feudum tenebat; ſuo jure & induſtria, non ex titulo feudali, fuerit acquiſita. Ea namque pro melioratione extrinſeca habetur. Fachin. *lib. 7. cap. 89.* Dn. Mylius ad Beroium, *diſſentientem hac in re. quæſt. 96.*

Sæpè tamen fit, ut occaſione juriſdictionis feudalis, aut per ejuſdem extenſionem, conſentientibus etiam ſubditis, novum jus Vaſallus acquirat; puta ein newe Frohn / Umbgelt / oder dergleichen Gerechtigkeit: Tunc illud minimè hæredibus allodialibus cedit, ſed jure quaſi alluvionis, ad feudum pertinere videtur.

TIT.

Tit. II.
DE PROBAT. ET PRÆSUMPTIONIBUS.
10. *Cui probatio incumbat?*

EI probatio incumbit, qui dicit, ſive affirmat, non ei qui negat: ſive reus is, ſive actor ſiet. Idque locum tuetur, tam in civilibus, quàm criminalibus cauſis. *l. 2. l. ab ea parte. 5. l. 9. l. quidam. 15. l. 19. l. verius. 21. l. cùm. 22. ff. d. probat. l. 1. Cod. eod.* Hackelm. *illuſtr. 13. theſ. 1.* Et hâc de re, ſingulari, ampliſſimoque tractatu, per diſcurſ. egit Fulvius Pacianus. Fallit autem hoc in eo caſu, ubi quis præſumptionem aliquam juris, pro ſe habet: is enim ab onere probandi relevatur. *l. 12. ff. l. 16. Cod. d. probat.*

Eamque deciſionem, Pacianus, *lib. 1. cap. 8. d. probat. num. 5. &c.* procedere notat; ſive illa præſumptio juris, ex jure communi, ejuſve regula, ſive natura ipſa, ſive etiam veriſimilitudine deſumatur. vid. Ummium. *diſp. ad proceſſ. 15. num. 55.* qui etiam in præcedentibus, præſumptiones tales, magno numero allegat.

Sicque in actione injuriarum, animus injuriandi, ab actore non neceſſariò probatur: cùm is præſumatur, ſi adſit factum, ſui naturâ injurioſum. Sic pariter in homicidii criminali accuſatione; ſi conſtet reum homicidam eſſe, illi defenſionis probatio incumbit: cùm omne maleficium, dolo perpetratum cenſeatur.

Ac ita etiam intelligendum eſt, quod dici ſolet: fundamentum ſuæ intentionis, unumquemque probare teneri. Joſeph. Ludovic. *concluſ. com. 14.* Item, qualitatem, in quovis caſu, in quavis etiam materiâ, articulandam & probandam eſſe. Idem Ludov. *deciſ. Lucenſ. 2.* ſi ſcil. præſumptio in contrarium non adſit.

Quòdque dicitur; in accuſatione, non ſolùm delictum, ſed & qualitatem eſſe probandam: Clar. *in pr. crim. quæſt. 66.* Id locum demum habet, ſi illa qualitas, non ex juris præſumptione adeſſe reputetur.

Mitius tamen punitur, qui ſolùm ex præſumptione, de qualitate eſt convictus: Putà ſi homicidium, remotis arbitris ſit perpetratum. Ubi perpendi inprimis ſolet, anne etiam aliæ præſumptiones pro reo pugnent; & illam generalem, quæ in omni maleficio ſimul dolum præſumit, vincant.

11. *De*

11. *De probatione in criminalibus cauſis.*

TRalatitium eſt, in criminalibus cauſis, probationes eſſe debere, luce meridianâ clariores: cum inibi de vita hominis, quæ res pretioſiſſima eſt, agatur. Et inde porrò deduci ſolet: In cauſis criminalibus, probationes conjungi non poſſe; ut hinc ſequi queat condemnatio pœnæ ordinariæ delicti. Maxumè quandò probationes in ſpecie ſuâ eſſent imperfectæ. Peguera. *deciſ. 17. n. 43. &c.* Hujuſmodi enim probationes, ſolùm faciunt torturæ locum, aut extraordinariæ pœnæ.

TIT. IV.
DE FIDE INSTRUMENTORUM, &c.

12. *De ſcripturâ privata.*

INſpecto communi loquendi uſu, ſcriptura privata, ſub appellatione Inſtrumenti non cadit: *l. 1. C. d. iureiur. propter calum.* Magonius *deciſ. Lucenſ. 15.* ubi tradit, hoc etiam in ſtatutis, reſcriptis, ultimiſque voluntatibus attendi. Conſentit Nicol. Janua. *d. priv. ſcript. lib. 1. cap. 5.* Si verò ea à ſcribente recognoſcatur, omninò Inſtrumento publico accedit: habetque vim propriæ confeſſionis, quæ in civilibus pro probatione probata habetur. vid. Frid. Mindan. *lib. 2. c. 70.*

Porrò privata ſcriptura, ac etiam exemplum, ex Archivo prolata, probant. Schrader. *conſ. 5* ubi pro more latè tractat, quid requiratur ut Archivum, tale nomen, fidemque mereatur: Maſtrill. *1. deciſ. 44.* ubi dicit, quod non ſufficiat, ſcripturam in archivo repertam eſſe: ſed ad hoc plura requirantur copulativè. Et inter alia requiri dicit, ut in tali archivo, ſolùm ſcripturæ authenticæ reponantur. v. etiam Nicol. Januam. *lib. 1. cap. 6.*

Et ſic libris Mercatorum, qui etiam ſunt privatæ ſcripturæ, non creditur: niſi hoc ſtatutum velit, aut juramentum accedat. *l. inſtrumenta. 5. & l. rationes. 6. C. d. probat.* Daſſel. *conſ. 43.* Et nec juramentum tale defertur, niſi libri illi, ſua habeant requiſita. De quibus videri poteſt Janua. *lib. 4. cap. 21. fol. 824. &c.*

Epiſtola etiam privata eſt ſcriptura: ſed ea probat contra recipientem, ſi taceat. Cùm hac ratione omnia adprobare videatur, quæ in ea continentur. Schæffer. *3. quæſt. 31.* ubi quatenùs hoc procedat, explicat doctè, & 13. limitationes, ſeu fal-

lentias refert. Conſultum ergò omninò eſt, ut recipiens Epiſtolam, cui quid inſertum, quod in ipſius præjudicium vergat, ſtatim id diluat interpoſita proteſtatione.

Porro qui ſcripturam aliquam producit, fateri cenſetur in ea quæ continentur: niſi proteſtatio addatur, Velle ſe illâ uti, ſi, & in quantùm pro ſe facit. Moller. *1. ſemeſtr. cap. 22.* Nec ideò neceſſe eſt, ut omnia in ſcriptura producta acceptet. Maxumè ſi quis adverſarii ſui privatam ſcripturam pro ſe alleget: tunc enim fieri id poteſt, ſolùm in proficuis locis.

Viciſſim inſtrumentum etiam publicum, quod ſe ad aliud refert, probandi virtutem non habet, ubi de relato non conſtat; nec ſcitur, qualis & quanta ſit potentia illius. Magonius, *deciſ. Lucenſ. 96.*

Namque virtus referentis, ſumitur à relato: eoque non adparente, referens nil operatur. Sed fallit hoc, ſi ex referente de certitudine relati conſtare poſſit. Magon. *d. loc. num. 12.*

Tit. V.
DE TESTIBUS.
13. *De juramento, & perjurio Teſtium ejuſque pœna.*

Teſtes ſolemne juramentum præſtare tenentur: nec audiendi ſunt ſi petant, daß man ſie bey ihren Amptes-Pflichten wölle verbleiben laſſen. Speckhan. *cent. 1. quaſt. 5.* Qua de re, videri etiam poſſunt, quæ ego ſcripſi, *in diſputat. de iuram. calum. theſ. 71. & ſeqq.*

Etſi verò ex partium conſenſu, vel conſuetudine (quam tamen non valere quidam putant. vid. Gail. *1. obſerv. 101.*) ita exigente, cùm teſtes ad examen accedunt, corporali juramento haud onerentur: nihilominùs tamen ob Teſtimonium falſum, Stellionatus aut potius falſi crimine, tenentur. Conſil. Altorff. *101.*

Quamvis enim perjurium non incurrere videatur is, qui non juravit: falſi tamen teſtimonii reus eſt, & ut falſarius puniri poteſt. Quæ pœna, in jure, æquè ac perjurii, gravis exiſtit. *l. 1. in pr. & §. ult. l. eos qui. 27. ff. ad L. Cornel. de falſ.*

Hæcque procedunt, ſive falſum dixerit, ſive omiſerit verum. Joh. d. Arnon. *cautel. 14.*

At verò

Digitized by Google

At verò ſi examen ſit nullum, ob omiſſum juramentum; putà ſi non conſenſerint partes, aut non adſit, vel irrita cenſeatur talis conſuetudo: tunc teſtis injuratus falſum dicens, haud punitur. Cùm falſum (ordinariam maxumè) effugiat pœnam, ſi nocuerit nulli. *d. conſ.* Altorff. *ad fin.*

Cæterùm falſus teſtis, tribus perſonis obnoxius eſt: primùm Deo, cujus præſentiam contemnit; deinde judici, quem mentiendo fallit: tertiò innocenti, quem falſo teſtimonio lædit: ut probatur *in c. 1. d. crim. falſ.* Et ideò inquit, Gloſſ. *in d. cap. 1. in verb. lædit.* talem quoque teſtem, tribus pœnis afficiendum eſſe. Primò, quòd ſeptennis pœnitentia ipſi injungitur: ideò quòd Deum offendit, pro perjurio. *can. quicunque. 6. quæſt. 1.* Secundò, quia judicem deluſit, infamatur. *can ſi quis convictus. 22. quæſt. 5.* Tertiò denique, quia proximum lædit, punietur juxta modum læſionis, argum. *text. in c. nihilominus. 3. quæſt. 9.* hoc eſt, quòd tenetur alia quacunque pœna, quæ irrogatur ex crimine, de quo reum per falſum teſtimonium lædit, teſte Gl. *in d. cap. 1. in verbo lædit. extr. d. crim. falſ.*

Exinde ſequitur, eum qui in cauſa capitali falſum teſtimonium dixit, eâdem puniri pœna, qua ipſe reus afficeretur, ſi criminis convictus eſſet, latè Peguera *deciſ. 19.* Ruſticitatem tamen, aliaſque circumſtantias, dolum eluentes ſive purgantes, extraordinariæ pœnæ facere locum, Magonius decidit. *deciſ. 43. & 50.* ubi ſimul docet, nunquam omninò impunem eſſe teſtem, qui falſum dicit, etiamſi nemini nocuerit, vel examen nullum foret.

Judex item, coram quo teſtis depoſuit falſum, punire illum poteſt; etſi alias ejuſdem Judex competens non eſſet. *l. nullum. 14. C. d. teſtib.* Peguera. *deciſ. 79.*

Idque ampliatur, ut verùm ſit etiamſi judex eſſet delegatus. Br. & alii *in d. l. nullum. C. d. teſtib.*

Huic tamen ampliationi objicitur text. *in l. div. Pius. 31. ff. ad L. Corn. d. falſ.* ubi probatur, quoſdam per hæc incidentia crimina, in judicio non poſſe puniri ab eo, qui juriſdictionem alioqui ordinariam non habet. Attamen ſic diſtinguere oportet, quòd delegatus; aut eſt delegatus Principis, aut delegatus inferioris à Principe. In primo caſu, quando Judex delegatus eſt à Principe, tunc fateri oportet, eum judicem poſſe teſtem coram

 eo fal-

Digitized by Google

eo falſum deponentem, pœna extraordinaria punire: quamvis in eum alioqui non haberet juriſdictionem. In ſecundo verò caſu, quando Judex ille delegatus, eſt inferioris à Principe, non poterit is Judex dictum teſtem punire, ſed illum puniendum ad Judicem ordinarium mittere tenetur.

14. *Qui Teſtes eſſe poſſint: & an in ſecunda inſtantia, contra eorum perſonas excipi queat?*

Liberi contra parentes, & econtra; ad teſtimonium non ſunt cogendi, etiam in civilibus cauſis. *l. parentes. 6. C. de teſtibus.* Andr. Schæffer. *lib. 1. qu. 7.* Idque ampliant, etiamſi conſentiat is, contra quem teſtimonium tendit, Schæffer *d. l. num. 5.* Reverentia enim parentibus debita, nititur jure naturali, quod neque à Judice, nec etiam à partibus violari poteſt.

Et ſic etiam Advocatus, de iis quæ ut Advocatus novit, ad teſtimonium non eſt adigendus. Vid. Arumæ. *lib. 1. deciſ. 10.* Talia enim Cliens Advocato, ſub fide ſilentii revelat, & quaſi Confeſſionis ſigillo munit: idque ideò nec Judex, multò minus ipſe Advocatus reſerare poteſt. Contra teſtium autem perſonas, etiam in ſecunda inſtantia, excipere licet. Franc. Pfeil. *conſil. 168.*

Quamvis enim pars, quæ in teſtium publicationem conſentit, perſonas teſtium approbare cenſeatur: id tamen ſolummodò eſt inteligendum, quoad totalem rejectionem, non verò quoad elevationem eorum, quæ teſtis dixit.

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex libris XXIII. XXIV. & XXV. Pandectarum, in quibus cauſæ matrimoniales exponuntur.

1. *An Nuptiæ rectè per contractum definiantur?*

Nuptiæ, non malè contract⁹ definiuntur: & in ſpecie, rectè ad ſocietatem (vitæ, ſimul & rerum) referuntur. *l. 1. ff. rer. amotar. l. adverſus. 4. C. d. crim. expil. hered. in prin. Inſtit. de Nupt.* Donell. *lib. 13. cap. 18.* ubi Hillig. *lit. z. & aa.* Alb. Gentil. *tr. de Nupt. lib. 3. cap. 4.* Ego *in tract. de Nupt. cap. 2.*

Cùm

Cùm autem per Nuptias, magis ſocietas vitæ, quàm rerum ineatur: præſertim jure civili: Ideò in Inſtitutionibus ad jus perſonæ referuntur.

Nec impedit, quòd in ff. non relatæ ſunt Nuptiæ inter contractus: Nec n. ibi dotis datio iis accenſetur, quæ veriſſimè eſt contractus. Voluerunt enim de Nuptiis, earumque adjunctis, Compilatores agere ſeorſim.

Obligatio autem ex Nuptiis, in duabus rebus præcipuè conſiſtit; in convictu ſcil. interiore, & mutuâ officiorum conjugalium præſtatione. Imò ex jure Germanico vetuſtiori (quampluribus adhuc in locis uſitato) tam arcta etiam ſocietas bonorum, inter conjuges iniebatur, ut ſibi invicem, in caſu deficientium liberorum ſuccederent; etiam aſcendentibus excluſis. Et nec hæc ſucceſſio, prævorti poterat ſuperſtiti, per teſtamentum defuncti.

2. *De Conſenſu Parentum.*

IN Conſiſtoriis Auguſtanæ Confeſſionis, diſſolvuntur ſponſalia & matrimonium etiam, ſine parentum conſenſu contractum. Pfeil. *conſil. 1.* Joachim. Scheplitz. *ad conſuet. Brandenb. p. 1. t. 2. §. 2.* Ego *in d. tr. d. nupt. c. 9. & conſ. ibi ſubiect. 2.* Sicque valere ajunt Statutum, prohibens nubere ſine aſſenſu, etiam cognatorum. Pfeil. *conſil. 12.*

Quamvis autem Romano-Catholici, ex juſſu Concilii Tridentini, *ſeſſ. 24. de reform. matr. cap. 1.* matrimonia valida & rata eſſe dicant; licet à filiisfamil. ſine conſenſu parentum fuerint contracta. Filios tamen, abſque juſta & rationabili cauſa, injuſſu parentum contrahentes; mortaliter peccare, docet Barboſa, & Pichardus, relati à Didaco de Medrano. *tract. de conſenſu connubiali, c. 10. num. 4.* cùm nempe contraveniant præcepto, de parentibus honorandis. Sicque non improbandum eſt Statutum, quod irrogat pœnam exheredationis, filiis illis, qui ſine parentum conſenſu, nuptias contrahere audent. Medr. *d. c. 10. per tot.*

Forſan autem defendi poteſt; nuptias abſque conſenſu parentum celebratas, jure civili, non quidem juſtas, & legitimas: ſed tamen non invalidas eſſe. *l. Paulus. 11. de ſtatu homin. l. 1. in fin. de liber. exhib. c. fin. ad fin. cauſ. 28. quæſt. 1.* Barboſ. *ad l. 1. part. 4. num. 32. ff. ſol. matr.*

Ac quoque nuptiæ, ſine patris conſenſu factæ; per ejuſdem

ratihabitionem, etiam retrò confirmantur. Lyclama. *membr. ult. eclog.* 18. Peck. *d. teſtam. coniug. cap.* 5. *lib.* 1 Ego *ad t.* 5. *&* 6. *lib.* 1. *ff. quæſt.* 12. *& in tract. d. Nupt. c.* 9. *ad fin.*

Pro forma quidem habetur, ut conſentiat in nuptiis filiifamil. pater: ſed tamen hoc fit in Patris favorem; cui per ratihabitionem ſubſecutam, renunciare pater cenſetur.

Nec impedit *l. ſi uxor.* 13. §. *ſi quis.* 6. *ad L Jul. d. adult.* Quia ibi quæſtio eſt de pœna, re ſcil. odioſa: aliud autem reſponderi debet in favorabili cauſa. Putoque nepotem, ante Patris conſenſum natum, quaſi legitimari.

3. *De eo, qui ducit defloratam.*

SPonſalia de præſenti, non diſſolvi, ſi quis ſponſæ deflorationem ignoret, eique ſpondeat fidem matrimonialem, ſatis probabiliter Medrano defendit. *cap.* 19.

Nam cùm ejuſmodi error ſit de qualitate perſonæ, ſibi potius imputare debet Sponſus, qui non diligentius ante ſibi proſpexit, quàm ut peſſimo exemplo, conjugia rectè conſummata retractentur.

Cùmque ex hac amiſſi pudoris cauſa, non poſſit Sponſa Sponſum repudiare, Sanchetz. *de matrim. tom.* 1. *lib.* 1. *diſp.* 64. *num.* 9. Congruum rationi eſſe videtur, ut idem juris in uxore maritus admittat, quod in ſe æquum eſſe reputavit.

Sed tamen magis eſt ut dicamus, errorem hîc intervenire conditionis, & ideò diſſolvi Sponſalia poſſe; maximè ſi copula abſit: aut ſi jam prægnans ducatur.

Si enim repudiare licet ſervam, quam quis ejus conditionem ignorans duxit; multò magis hoc locum habere videri poſſet, in ea, quam corruptam pro honeſta & integræ pudicitiæ quis deſponſavit. Schepliz. *ad conſuetud. Brandenb. part.* 1. *tit.* 2. §. 7. Conſil. Altorff. 83. Schæffer. 1. *quæſt.* 11.

Eſt enim hîc in ipſa ſubſtantia erratum, ac proinde Sponſalia propter tale vitium ignoratum, nulla exiſtunt. Alber. Gentil. *lib.* 6. *cap.* 13.

Et quamvis JCtus. *in l. ſi uxor.* 13. §. *fin. de adulteriis.* reſpondeat, ſtupri accuſari non poſſe eam, quæ poſt illud ducta eſt: ſeroque accuſari mulieris mores, quos quis ducendo approbavit. Id intelligendum eſt de ſciente, aut craſſam nimis ignorantiam

prætendente. aliàs enim, quod quis ſimpliciter ignorat, aut ſcire nequivit, nulla ratificatio, nulla approbatio ejus eſſe poteſt.

4. *Quando matrimonium verè interveniſſe cenſeatur?*

TRalatitium eſt, non concubitum, ſed conſenſum nuptias facere: unde nec etiam per literas amatorias, & annuli traditionem, matrimonium probatur. Herman. Roſacorb. *pract. forenſ. cap. 43.* Hardewig. à Daſſel. *conſil. 11.* Ego *conſil. 3. quod iunctum eſt tractatui meo de nuptiis.*

Sed tamen, ut matrimonium juſtum & legitimum exiſtat, haud neceſſe eſt, ſponſam in domum mariti deduci. *l. ſi donationem. 22. C. de nupt. l. penult. de donat. inter vir. & uxor. l. nuptias. 30. de Reg. Jur.* Bronchorſt. *3. antin. 7.* contra Pacium. *5. antin. 47.* & Dn. Bocerum. *in diſp. quæ iuncta eſt eiuſdem tract. de monetis th. 6.*

Et loquitur *l. mulierem. 5. ff. de ritu nuptiar.* de eo quod plerunque fieri ſolet. Et lex ſtatim ſubſequens edocet, ad ſubſtantiam matrimonii, deductionem in domum neceſſariam non eſſe.

Majoris apud nos difficultatis eſt quæſtio illa: *An poſt promiſſionem matrimonialem, abſque ſolenni conſecratione, filius legitimus naſcatur?* De quo frater m. Joh. Georg. Beſold. *p. m. decade 1. conſ. 7.* agit. Et videri poteſt Hart. Piſtor. *obſervat. 83.* Sichard. *ad l. 15. num. 11. C. de donat. ante nupt.* Joach. Steph. *ad Nov. 140. ad fin.* Guibert. Conſtanus, *de matrim. fol. 194. num. 121. &c.* Dominus Collega Harpprecht. *ad tit. Inſtit. de patria poteſt. §. nuptiæ. num. 28. & ſeqq.*

5. *De Matrimonio* Zweyer Stieff-Geſchwiſterig.

MAtrimonium, de quo agitur *in §. mariti. 8. Inſt. d. Nupt.* Moſaicâ lege prohibitum eſſe, nonnulli putant. Levit, *cap. 18. verſ. 11. iunct. verſ. 9. cap. eiuſdem.* Anton. Matth. *diſput. ad Inſtit. 2. th. 11* Sed magis eſt, ut hac in parte verſionem receptam retineamus: quàm novam Eman. Tremelli Latinam, vel Joh. Piſcatoris Germanicam adprobemus. vide. Pfeil. *conſ. 8.* & me latiùs hac de re agentem *in tr. de nuptiis, cap. 10. num. 9.* Adde Kizel. *tract. de matrim. fol. 45. &c.*

6. *Qua-*

6. Quatenus affinitas, matrimoniali copulationi obſtet?

Affinitas matrimonium impedit, etiam ex fornicaria, & illegitima copulatione contracta. vid. Rauchbar. *2. quaſt. 13.* Etenim cognoſcens ſcortum, cum eo conglutinatur, & fit unum corpus. *1. Cor. 6. 16.* pariter ut in connubio legitimo, duo una caro, *Gen. 2. 24. Matth. 10. 7. 8. Epheſ. 5. 31.*

Hinc & David in regnum reductus, abſtinuit à conſuetudine concubinarum ſuarum, quas Abſolon polluerat per vim. *2. Samuel. 20. v. 3.* Et ratio eſt, quia in nuptiis contrahendis naturale jus, publicam honeſtatem, & pudorem inſpicere, ac non ſolùm quod licet, ſed & quod honeſtum eſt, conſiderari oportet. *l. adoptivus. 14. §. 2. d. ritu nupt. l. non omne. 144. l. ſemper in conjunctionibus. 197. d. Reg. Iur. cap. diſcretionem 6. §. nos igitur. cap. pen. de. eo qui cognovit conſang. uxoris ſuæ &c.*

Impedit etiam matrimonium affinitas copulâ non interveniente. Sicque ducere non permittit honeſtas, ſororem defunctæ ſponſæ. Pfeil. *conſ. 2.* Quia inter ſponſum & ſponſam adfinitas eſt. *l. quod Servius. 8. ff. d. condict. cauſ. dat l. in leg. 5. ff. d. teſtibus.* Et eſt textus pro noſtra deciſione expreſſus, *in cap. audientiam. extr. d. ſponſalibus.* Sicque eadem ratione, inter me & ſponſam Patris mei, nuptiæ conſiſtere non poſſunt: & econtra. *l. ſi qua. 12. ff. d. ritu nup.*

Porrò eadem quoque honeſtas facit, ut ducere nequeamus matrem aut materteram, patris adoptivi. *§. 1. Inſtit. d. nuptiis. l. quin etiam 55. §. 1. d. ritu nupt.* Lyclama, *membr. ult. eclog. 17.*

Scandali quoque vitandi causâ, non permitti debet, ut Judæus ſororem defunctæ uxoris ducat. Conſil. Altorff. *109. & ſeq.* Quamvis enim noſtris legibus Theologicis, non ligentur: parere tamen civilibus legibus debent.

Inſuper nuptiæ inter me, & ſororis uxoris meæ filiam, licitæ non videntur, eò quòd Levit. *18. v. 14.* nuptiæ cum uxore patrui prohibeantur: qui idem eſt caſus cum noſtro, tam ratione parentelæ, quàm ratione generis & gradus. Vide Joh. Bechſtadium in collat. jurium connubialium. *fol. 206. & ſeqq.* Qui idem *fol. 370.* Petri Weſemb. ſuper eadem quæſt. ut & *fol. 384.* Joh. Fichardi, *fol 412.* Franciſci Pfeilii, *& fol. 414.* Domini Joh. Gerhardi, Reſponſum refert. Ex-

Ex cauſa tamen diſpenſari ab Eccleſia poteſt, in gradibus non prohibitis Jure Naturali, Divino, &c. Et merè ſecularem Judicem haud id facere debere, rectè nonnulli putant. vide Schepliz. *ad conſuet. Brandenb. lib. 1. tit. 2. §. 5.*

Et certè in Eccleſia primitiva, cauſæ matrimoniales foro Eccleſiaſtico addictæ fuere: quas ſi quis ad aulam vel politicum ſenatum trahere velit, aulam cum Eccleſia confundere videtur.

7. *De rebus ex pecunia dotali comparatis.*

RES quæ ex pecunia dotali ſunt comparatæ, dotales eſſe videntur, prout apertè reſpondet Gajus JC. *in l. res. 54. ff. de iure dotium.* Cujac. *lib. 5. obſ. cap. 29.* Donell. *lib. 5. com. cap. 2. circa fin.* Faber. *lib. 5. coniectur. cap. 9.* Paci. *ἐναντ. quaeſt. 53.* Arum. *diſp. ad ll. præcip. 15. th. 12.*

Juris quidem ſubtilitate, tales res non ſunt dotales, ſed fiunt comparantis. *l. ult. Cod. d. ſervo pignori dato.* Sicut etiam furtivum non eſt, quod redigitur ex re furtiva. *l. qui vas. 48. in fin. ubi* Gothofr. *ff. de furtis.* Maximè ſi voluntate uxoris non ſint comparatæ.

Sed tamen eatenus cenſentur eſſe dotales, quòd viro ad inopiam redacto, uxor in ejuſmodi res, actione in rem, ſaltem utili, experiri poſſit: ut innuit *l. ſi cùm dotem. 22. in fin.* ibi: *non præferatur mulier, niſi in his tantùm rebus, quæ vel in dote data ſunt, vel ex dote comparata, quaſi & hæ dotales ſint. ff. ſolut. matrim.*

Quodque fundus, pecunia dotali à marito comparatus, non uxori quæratur, neque maritus uxori actionem emti acquirere poſſit: ſed eidem dotis tantùm actio competat; diſertè reſcribitur *in l. ex pecunia. 12. C. d. iure dotium.*

Sic pariter, ſi heres ſit rogatus, ut quicquid ex hereditate ſupererit, poſt mortem ſuam reſtituat, ac de pretio rerum venditarum alias comparet, eas vice mutati dominii reſtituere tenetur. *l. Imperator. 70. in fin. & duab. ll. ſeqq. de legatis. 2.*

8. *Anne in mariti dominio dos exiſtat?*

DOs in bonis uxoris: juris verò fictione (quoad effectus puto civiles) in bonis mariti eſſe cenſetur. Donell. *Comment. lib. 14. cap. 4.* Vultei. *diſcept. ſcholaſt. cap. penult.* Arumæ. *diſp. ad ll. præcip. 15. theſ. 11.*

P Et cer-

Digitized by Google

Et certè maritus verè non eſt dominus dotis, deeſt enim ei perpetuitas juris, *l. in rebus. 30. C. de iure dot.* alienatio etiam. *Inſtit. quibus alienare non licet. in pr.* Non acquirit acceſſiones rei, quæ non ſunt in fructu. *l. unica. §. cumque. 9. C. de rei uxor. actione.* Non item plus juris habet, ſi reperiat theſaurum in fundo dotali, ac ſi in alieno. *l. fructus. 7 §. ſi fundum. 12. ſolut. matrim.* Rationem porrò ſoluto matrimonio redditurus eſt, culpam etiam & dolum præſtat. *l. in rebus. 17. de iure dot. l. ſi conſtante. 24. §. ſi maritus. 5. ſolut. matrim.* Non ergo dominus ſimpliciter eſt, ſed modo quodam, & ex parte, ſcilicet quoad vindicationem & jus fruendi. Vide Lyclam. *lib. membran. ult. eclog. 29.* & Dn. Bocer. *ad l. contractus. cap. 4. num. 103. de Reg. Jur.*

Sed tamen contractus uxoris, haud in dote præjudicat marito. Pfeil. *conſil. 38.*

Quòd verò maritus manumittere poteſt dotalem ſervum. *l. ſervum. 21. de manumiſſ.* id fit & valet favore libertatis, ac ſi is ſit ſolvendo.

9. *De Dote confeſſata.*

DOs confeſſata, haud fruitur privilegiis Dotis. *tot. tit. Cod. de dote cauta non num. ubi* Dd. Covarruv. *lib. 1. reſolut. cap. 7. n. 4.* Gail. *2. obſerv. 81.* ibique Grævæ. Sicque vera, & actualis dotis numeratio, probari debet in puncto excludendorum creditorum. Mynſing. *cent. 1. obſerv. 61.* Grævæ. *d. loc. in conſiderat. miſcell.* Imò nec jurata mariti confeſſio, creditores excludit: contra Gail. *d. loc. num. 9.* Barboſa. *in l. 1. part. 6. num 47. ſolut. matrim.* Quia juramentum non valet in præjudicium creditorum.

Cùm ergò de dote aliter non conſtat, quàm per recognitionem à marito in teſtamento factam; Dos quidem illa jure Fideicommiſſi debetur: ſed haud retinet privilegia dotis. *l. qui uxor. 18. de auro & argent. legat. l. Lucius Titius. 88. §. quiſquis. 10. d. legat. 2.* Peguera. *deciſ. 147.*

Et porrò uxor in dote confeſſata, ne quidem petitionem habet; ſi mariti creditores, intra legitima tempora, ipſi objecerint dotis non numeratæ exceptionem. vid. Rauchbar. *lib. 2. quæſt. 30. à princ.*

Sed tamen Rauchbarus, *num. 26. &c.* multis probat: quòd mulier in dote, in dotali inſtrumento ante nuptias promiſſa vel

cauta,

Digitized by Google

cauta, & conſtante matrimonio in apocha confeſſa, vel confeſſa ante matrimonium, poſt lapſa tamen tempora; etſi prælationis privilegium non conſequatur: privilegio tamen ex tempore, & tacitæ hypothecæ jure utatur; ideoque præferatur creditoribus, privilegium duntaxat perſonale habentibus, & Chirographariis; concurrat verò cum Hypothecariis, temporis ratione inter ipſos habitâ.

10. De Lucro Dotis.

SI ex pacto vel Statuto, maritus dotem lucretur; ea pariter ad illum ſpectat, cùm in diem certum dos fuerit promiſſa, & ante illum diem mulier deceſſerit è vivis. Rauchbar. *1. deciſ. 31.* Actio enim & jus naſcitur ex promiſſione; ſtatimque tranſit ad maritum, poſtquam onera matrimonii ſentit, intuitu quorum dos conſtitui ſolet.

Sicq; ſpes paternæ ſucceſſionis, à muliere in dotem dari poteſt, patre conſentiente. Eaque dos marito debetur, ſi adſit pactum de lucranda dote; etiamſi filia ante obitum patris moriatur. Quam & is, ad hæredes etiam extraneos tranſmittit. Conſil. Altorff. *52.* Et hoc in caſu non conſequitur maritus ſucceſſionem vigore alicujus tranſmiſſionis, ſed virtute pacti, licet Conſil. Altorff. *69* ut & *70.* in contrariam ſententiam inclinent: præjudicis tamen Lipſiacæ & Juliæ Academiæ, quæ extant ibi conſil. *71.* & *72* noſtra ſententia confirmatur.

11. De matrimonio contracto ſine certa dotis conſtitutione.

REceptam cernimus opinionem aſſerentium, repetitis nuptiis poſt primas, & repetitam in dubio præſumi dotis conſtitutionem: ut quæ priori marito allata ſit, & poſteriori eodem modo data cenſeatur. Grævæ *lib. 2 Concluſ. 82. conſid. 1.* At verò mulierem primo viro nuptam, non præſumi omnia ſua bona eidem in dotem dediſſe; communior, nec non etiam verior exiſtit Concluſio. Gail. *l. 2. obſ. 82.* Hardevvig. à Daſſel. *conſ. 8.*

Sed tamen tentari poteſt, quando matrimonium contractum fuit, ſine certa dotis conſtitutione; non quidem omnia bona: ſed tamen ex iis congruam portionem, arbitratu boni viri æſtimandam in dotem dediſſe mulierem, cenſeri debere. Id quod æquitati maximè congruum eſſe videtur.

12. *De jure retentionis, aliiſque remediis, mulieri dotis ratione competentibus.*

VIdua, pro reſtitutione dotis, in bonis prædefuncti mariti, uti poteſt jure retentionis: non ſolùm ex judicis permiſſione, ac etiam ex conventione, factá cum viro; ſed & quando vacua bonorum maritalium poſſeſſio, ad eandem ſine vitio pervenit. Magon. *deciſ. Lucenſ. 64.* latè Petrus Molignat. *d. Retentione, quaſt. 20.*

Maximè autem conſultum eſt, ut uxor verbis vel facto declaret, quod intendat, ratione ſuæ hypothecæ, inſiſtere in bonis mariti; in quibus eo vivente inſiſtebat jure familiaritatis: ita ut conſtare poſſit, ſe velle ex nova cauſa poſſidere. Molignat. *d. l. ſ. 17.* ubi tamen dicit, hanc declarationem neceſſariam non eſſe. ac idem *qu. 21.* tradit: mulierem retinere poſſe omnia bona, non verò ad ratam tantùm dotis.

Hocque maximè notandum eſt iis in locis, ubi uxor vigore Statuti, marito in totum, vel ex parte ſuccedit: tunc enim etiamſi maneat in poſſeſſione, id tamen fieri non cenſetur animo hæreditatem adeundi, ſeque Creditoribus aſtringendi.

At verò retentio hæc ita eſt temperanda, ut non promiſcuè bonis mariti incumbere queat, etiam ultra neceſſitatem alimentorum, & pinguius quàm exigit natura retentionis; ſed tantummodò majoris ſecuritatis cauſâ & ad qualemcunque ſui juris tuitionem. Unde & poſtulantibus creditoribus, aliiſque mariti hæredibus, inventarium conficere & de fructibus quoque perceptis ob abuſum fortè, & pinguius uſurpatum jus retentionis, rationes reddere tenetur Moll. *4. cap. 13.* Schæffer. *l. 3. qu. 15.* Rauchbar. *lib. 1. qu. 30.* Qui idem *qu. 30.* pluribus agit, *quibus legum beneficiis, & remediis mulieri dotis, donationis propter nuptias, vel etiam dotalitii ſervandi causâ, marito adhuc vivente, & ad inopiam vergente, ſubveniatur:* Et *utrum exceptionis præſidio, vel iure retentionis,* quod vocant, *& hypothecaria actione, experiri adverſus poſteriores creditores in ſolidum poſſit; an verò pro rata dotis, donationis propter nuptias, vel dotalitii conſtituti:* Et *an electio vel optio bonorum, mulieri debeat permitti?*

13. *Quan-*

Digitized by Google

13. *Quando donatio inter virum & uxorem valida cenſeatur?*

DOnatio inter virum & uxorem, niſi res fuerit tradita (ſaltem ficta traditione) morte donantis haud confirmatur. *l. Papinianus. 23. ff. d. donat. inter vir. & uxor.* vide Coraſ. *lib. 5. miſcell. 1.* Duaren. *ad tit. ff. ſolut. matr. rubr. d. donat. inter vir. & uxor.* Pacium. *cent. 5. quaſt. 59.* Anton. Fabr. *lib. 2. coniectur. cap. 8.* Molinam. *d. inſt. & iure tract. 2. diſp. 289. num. 4. &c.* Cùm enim donator vivus non tradidit, quod promiſerat, videtur non manſiſſe in ea voluntate, ſed pœnitentiâ ductus non tradidiſſe.

Sicque etiam *l. 2. C. ſi quis alteri vel ſibi.* traditionem requirit, ut donatio patris filio facta, morte patris confirmetur.

Idcircò autem, ſaltem ficta traditione opus eſſe dixi: quoniam ut donatio morte donantis confirmetur, ſatis erit, ſi res donata tradita ſit per clauſulam conſtituti, vel per alium actum fictum, per quem civilis poſſeſſio acquiri ſolet. juxta Gl. *ult. l. 2. C. de dote cauta non numerata.* Ex qua lege, ex communi ſententia (quam Covar. *lib. 1. var. reſol. cap. 7. num. 4.* refert ac ſequitur) perſpicuè colligitur; traditionem fictam, ſeu virtualem cenſeri, ſi maritus animo donandi incrementum (quod in dubio præſumitur) confeſſus ſit, ſe majorem dotem recepiſſe, quàm receperit reverà. Cùm enim maritus dotem poſſideat toto tempore, quo matrimonium perſeverat, tanquam ſibi ab uxore traditam; ſimili modo cenſetur poſſidere incrementum illud, tanquam acceptum ab uxore, & de uxoris manu receptum. Atque ideò, niſi maritus, dum vivit, ejuſmodi donationem revocet, morte ipſius confirmatur, uxorque repetere tale incrementum ab hæredibus viri poteſt.

Porro, quando nulla inſinuatio præceſſit, donatio inter vivos ab uno conjuge alteri facta, confirmatur morte donantis; ſolùm quoad ſummam, quam ſine inſinuatione fas eſt donare, non verò quoad incrementum. Jul. Clar. *4. lib. ſent. quaſt. 17. num. 3.* Si tamen in ultima voluntate, putà in teſtamento aut in codicillo, à donante confirmata ſit; tunc valet quidem quoad exceſſum: veruntamen non ratione donationis, ſed jure legati, atque ultimæ voluntatis; quæ inſinuatione non indigere putatur.

Digitized by Google

Non obſtat, quod annui promiſſio, morte mariti promiſſoris confirmatur, *l. ſi ſtipulata. 33. ff. d. donat. inter vir. & uxor.* Hoc enim ſpeciale eſt in annuo, menſtruove promiſſo: vel quia talis donatio non eſt omninò prohibita. *l. ex annuo. 15. eod.* vel quia ceſſat illa ratio tacitæ pœnitentiæ. Nam quoad annos, poſt mortem mariti futuros, videtur maritus, potiùs quia dies nondum venerat, quàm propter pœnitentiam non tradidiſſe donata. Donatio porro inter conjuges, juramento confirmatur. Fachin. *lib. 3. cap. 81.* Non enim illa donatio, bonis moribus juris naturalis repugnat. vide Bernhard. Græv. *2. concl. 40.* Molinam *d. diſput. 289 ad fin.* Dn. Bocer. *d. donat. cap. 57. num. 23.* Me, *diſputat. d. Jurament. 2. theſ. 14. ad fin.* Tumque ſtatim valet, etiam ante donantis mortem.

14. *Dos, mortua dotata, ad quem revertatur?*

UXore relictis liberis defunctâ, dos à patre profecta, non ad eum redit. Ant. Faber. *1. conject. cap. 16.* Duaren. *ad l. 48. ſolut. matrim.* Diſſ. Guibert. Coſtan. *tr. de dote. c. 6. num. &c.*

Nec obſtat *l. unic. §. taceat. 5. v. ſileat. C. d. rei ux. act.* Ubi ita Imp. Juſtinianus ſancit: Sileat ob liberos retentio, cùm ipſe naturalis ſtimulus, parentes ad liberorum ſuorum educationem hortetur; ne varium genus culpæ; mariti contra uxores excogitent, ut poſſint eadem retentione contra eas uti. Aliud enim eſt, ſi matrimonium morte uxoris ſolvatur: quia vivente uxore, illa, non liberi commodis fruuntur dotis.

Non item *ex l. ſi dotali. 48. ff ſolut. matrim.* contrarium colligi poteſt, ubi dotali inſtrumento ita ſtipulatio interpoſita fuit, ut nomine liberorum dos reſideat apud maritum: Ejuſmodi enim pactum, ut gloſſa ibi monet ſupervacuum fuit. Cùmque lex illa, ex libris quæſtionum Calliſtrati JCti referatur; probabile eſt, caſum talem in facto propoſitum fuiſſe, nec inde concludi poſſe, pactum neceſſarium eſſe. Sunt enim illa verba enunciativa, & minimè diſpoſitiva.

Inſuper pater, doti pactum addens, ut ad filios ſuos ea revertatur; facit, ne filia (ſine liberis decedens) huic derogare poſſit. Pater enim, ut extraneus dotem dans, ei quam velit legem dicere poteſt. *l. cùm dot. 7. in pr. d. pact. dot.* nihilque vetat (in favorem inprimis familiæ) per tale pactum, inter vivos inducere fideicom-

deicommiſſum. *l. 23. l. 26. §. cùm inter. l. 29. §. ult. & l. ſeq. eod.* in terminis Conſil. Altorff. *114.* Gravett. *conſ. 543.* Franc. Ant. Coſta. *conſ. 87.* Ego *tom. 2. conſil. 44. ut & conſ. 155.*

Aliud verò omnino dicendum eſſe videtur, ſi filia renunciet paternæ ſucceſſioni, dotemque accipiat, legitimæ loco.

15. *An mariti hæredes ob adulterium uxoris, dotem retinere poſſint?*

AB hæredibus mariti, dos propter adulterium retineri regulariter nequit. *l. 1. l. ult. C. de revoc. donat. l. 1. § ult. ad SC. Syllan. l. 1. ff. d. privat. delict. l. 18. d. iniur.* Duaren. *ad l. 15. ſolut. matrim.* vid. tamen Maſtrill. *lib. 1. deciſ. 57.* & Menoch. *d. arbitr. lib. 2. caſ. 287. num. 11. &c.*

Niſi ſcilicet maritus deceſſerit illius delicti ignarus. Quippe ſi ſciverit, mulieris mores approbaſſe, vel injuriam ſibi illatam remittere cenſetur: ſi non illius vindicationem ſuſceperit, vel præparaverit ſaltem, aut etiam citâ morte hoc facere fuerit impeditus, latè Nicol. Noalis. *tr. d. tranſmiſſione caſu. 46.*

Et hæc omnia locum etiam habent in lucro dotis, aut in parte hæreditatis, quæ viduæ competit vigore ſtatuti Maſtrill. *dict. l. num. 6.*

16. *De impenſis, maximè in res dotales factis.*

NEceſſarias impenſas, quilibet tam bonæ ſcilicet, quam malæ fidei poſſeſſor deducit. At verò qui poſſidet mala fide, eaſdem tum demum aufert, ſiquidem illud ſine læſione prioris ſtatus fieri poteſt. *l. domum. 5. ubi Gl. & Dd. C. d. rei vindicat.* Bronchorſt. *ἐναντιοφ. cent. 3. aſſert. 17.*

Quod verò dicitur, bonæ fidei ædificatorem, pro retentione impenſarum doli quidem exceptione gaudere: Si verò ceciderit à poſſeſſione, actionem nullam habere; id de rigore juris verum eſt. Sed ex æquitate, competit eidem actio in factum. arg. *l. 6. §. 3. d. negotiis geſtis. l. 38. de petitone hæredit. l. 2. in fin. Cod. d. rei vindicat.*

Piſtrinum autem vel horreum, in ædibus dotalibus factum, regulariter pro utili, haud verò pro neceſſaria impenſa habetur. *l. 6. ff. d. impenſ. in res dotal. fact. l. impenſa. 79. §. 1. d. verbor. ſignif. & ibi* Gœdd. *vid. l. 1. §. inter. ff. d. impenſ. in res dot.* Si

Digitized by Google

Si item vir, impenſas in lapidicinas dotales fecit; eas haud ei reſtituere cogitur uxor. *l. 7. §. 13. ſolut. matrim. vid. l. fin. in princ. de fundo dotal.* Anton. Fabr. *1. conieƈt. 8.* Gœdd. *ad l. 77. d. V. S. num. 8. & ſeq.* Pacius. *5. Antinom. quaeſt. 63.* niſi ſcil. talis conditio fundi ſit, ut lapis ibi renaſcatur.

Ac quamvis utilis impenſa videatur, licet lapis ibi non creſcat; ſi nempe fundus, per lapidum exemptionem, fructuoſior, ut fieri ſolet, redditus fuit: illam tamen expenſam, maritus non deducit. Contentus enim eſſe debet, quòd ſui commodi cauſa lapidem exemit, licet per accidens, fundus ille fructuoſior exindè reddatur?

17. An ſtante matrimonio, detur actio rerum amotarum?

QUamdiu matrimonium durat, ceſſat actio rerum amotarum. *l. rerum quidem. 25. ff. rer. amotar.* Ea ergò competit tantùm, divortio ſecuto. Et Imperator Juſtinian. *in l. ult. §. ult. C. d. furtis.* cùm ait, *dari actionem rerum amotarum*, ita eſt intelligendus, ex aliiſque locis ſupplendum: ut tunc demum competere videatur, cùm matrimonium ſolutum erit. Interim verò minus famoſa actione, in factum nempe; agitur. Quæ reſponſio ſimpliciſſima eſſe videtur: quamvis aliam adhuc ſuggerat Pacius. *cent. 5. ἐναντιοφ. quaeſt. 68.*

18. De concubinatu.

COncubinatus de jure civili, non eſt improbatus. Sed in hoc, vitio quodam laborare videtur jus noſtrum. Cæphallos *opin. contra com. quaeſt. 295.* Ant. Matth. *diſp. d. fundam. iur. 12.* Et perperam Rittershuſ. *differ. iur. civ. & canon. cap. 19.* etiam de jure Canonico, non prohibitum eſſe concubinatum, ſtatuere audet: nulla vera ratione vel textu niſus. Sed vide quæ dixi, *ad l. 10. ff. d. inſtit. & iure. quaeſt. 15.*

Quodque attinet jus civile, ſciendum eſt, non omne quod licet, honeſtum eſſe. *l. non omne. 144. ff. d. R. I.* Benedict. Ægyd. *in tr. d. privileg. honeſtat. in præfat. n. 6.* Et multa non puniuntur, nec etiam prohibentur: ſed tamen non approbantur. Alberic. Gentil. *de nuptiis. lib. 1. cap. 5.*

19. De

Digitized by Google

19. *De Filiatione.*

Filiatio ex præſumptionibus probatur. Hieron. Magon. *deciſ. Lucenſ. 86.* & Maſcardus *d. probat. in concl. filiatio.* & inprimis ubi non de fœdere matrimonii præcipuè agitur, ſed de legitimatione filiorum; tunc ſignis & conjecturis matrimonia probantur, & leviores probationes requiruntur. Innoc. *in c. ex parte. d. reſtit. ſpol. ac not. omnes Canoniſtæ, poſt gloſſ ibi. in c. illud. de præſumptio. & Bl. conſil. 169.*

Sed hæc omnia tum demum locum habent, quando ejuſmodi præſumptiones legitimè probatæ fuerunt. Magon. *d. l. n. 22.*

Et porro filius hodie, potiùs ex ſtupro, quàm ex concubinatu præſumitur natus, contra Fachin. *lib. 3. cap. 43.*

Quamvis enim delictum minus ſit præſumendum: *l. meritò. 51. ff. pro ſocio.* majuſque delictum exiſtat committere ſtuprum, quàm vivere in concubinatu; una tamen præſumptio fortior, aliam minùs robuſtam vincit.

Et ita cùm juſtus concubinatus multa requirat, rariorque exiſtat: potiùs præſumendum eſt id factum eſſe, quod frequentiùs fieri ſolet.

C I N N U S

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro XXVI. & XXVII. Pandectarum, ubi de tutelis agitur.

1. *Quis det vel confirmet tutorem?*

Tutoris datio, pars eſt juriſdictionis. vide Bronchorſt. *1. ἐναντ. aſſert. 19.* Scipion. Gentil. *d. iuriſdict. lib. 1. ad Orat. Div. Marc. cap. 1. fol. 148. &c. ac ibid. cap. 3. f. 159. &c.* Arum. *diſp. ad ll. præcip. 16. theſ. 2.* Sed hac de re Ego, jam egi ſupra, *in delibatis ad lib. 2. ff. ubi tracto. d. iuriſdict. cap. 4.*

Hodie etiam Judex ordinarius, conſtituit vel confirmat tutorem. Sicque Vaſalli impuberis tutor, datur vel confirmatur à judice ordinario: ejuſque datio in dubio etiam extenditur ad feuda. Nec ideo Dominus Feudi, tutorem conſtituit Vaſallo, niſi dominus ille ſimul vaſalli ordinarius judex, & vaſallus,

Digitized by Google

ejuſdem ſubditus (ein Landſaß) exiſtat: contra Schraderum Henric. à Roſenthal. *d. feud. cap. 12. concl. 10. num. 49. &c.* Sicque Vaſallus, filiis ſuis, in teſtamento conſtituens tutorem; is tam in feudalium, quàm allodialium bonorum adminiſtratione aliis præfertur. Ego, *tract. d. tutela cap. 5.* Cùm nempe feudum, ſalva ejus ſubſtantia, in libera ſit adminiſtratione Vaſalli.

Sicque Mater, vel Avia, Tutrix quoque eſt feudalium bonorum: Idque extendunt etiam ad Regna, in quibus, non niſi maſculus ſuccedit. Cum aliud ſit tutela, aliud ſucceſſio: & utrobiq; diverſa ratio militare comperiatur. Ego, *d. tr. d. Tutel. cap. 12. ad fin. & d. ſucceſſ. ac elect. Regia. lib. 3. diſſert. 4. num. 9.*

Porrò autem, ſi pupillus quoad facultates, aut etiam domicilii & bonorum ratione, judices habeat diverſos; uter in dando tutore ſit præferendus? quærunt noſtri Doctores. Ego tutius eſſe putarem, ut is utriuſque decreto conſtituatur. arg. *l. 30. §. 1. d. excuſat. tutor.* vide Gothofr. *ad l. un. C. ubi pets tutor.* Matth. Stephani. *l. 1. de iuriſd. cap. 33. num. 38. &c.*

2. *De autoritate tutoris.*

Tutor ſtatim in ipſo negotio præſens, auctor fieri debet: non poſt tempus, aut abſens. *l. obligare. 9. §. tutor. 5. ff. d. autoritate tutor. §. tutor 2. Inſt. eod.* Bronchorſt. *2. miſcell. 6.* Arum. *d. diſputat. 16. theſ. 11.* Lyclama. *3. eclog. 17.* Ego, *tract. d. tutel. cap. 20. numer. 9.*

Forma namque interponendæ auctoritatis eſt, ut tutor in ipſo negotio pupilli, præſens ſuam auctoritatem interponat. Ex intervallo autem non rectè interponitur. Ratio eſt: quia quæ pertinent ad ſolennitatem contractus, à contractu dividi non poſſunt. *l. 1. §. 1. l. continuus. 137. ff. d. V. O.*

Nec adverſatur. *l. ſi quis mihi. 25. §. iuſſum. 4. ff. de aequ. hæred.* ubi JC. reſpondet, quod etiam perfecto negotio, tutoris auctoritas interponi poſſit. Igitur male dicitur, tutorem ſtatim in ipſo negotio debere auctorem fieri. Reſpondetur enim, quòd dicitur, tutorem ſtatim in ipſo negotio debere auctoritatem interponere; id cum aliquo temperamento temporis intelligi. Statim ergo dicitur interpoſita auctoritas, ſi vel initio, in ingreſſu ipſius negotii fuerit interpoſita; vel ſi ſtatim perfecto negotio fuerit appoſita, antequam contrahentes ad extraneos actus diverte-

Digitized by Google

verterint. Sicque in locis illis, ubi mulier abſque conſenſu Curatoris vel mariti, contrahere non poteſt; is intervenire debet in ipſo actu: cùm ſit de ſolennitate. Berlich. tamen *lib. 2. concluſ. 18. num 14.* cenſet ratificationem etiam ſufficere, aut conſenſum adhibitum ſtatim poſt ipſum actum.

Ac tandem, pupillus, licet citra tutoris autoritatem, conditionem ſuam facere poſſit meliorem: non tamen petere bonorum poſſeſſionem, aut hæreditatem adire poteſt. §. *1. Inſt. d. auct. tut. l. 9.* §. *3. ff. eod.* Lyclama. *membr. lib. ult. eclog. 35.*

Ratio eſt, quòd cùm ipſe defunctus ſæpe de facultatibus ſuis ampliùs, quàm in his eſt, ſperat; §. *3. Inſtitut. quibus ex cauſ. manum.* juſtiorque ſit ignorantia eorum, qui in ejus locum ſuccedunt: incerta magis ſpes eſt & ſcientia, an hæreditas ſit futura lucroſa. *fac. l. 42. ff. d. R. I.* Utpote, cujus rei interpretatio facti ſit, quod prudentiſſimos plerumque fallat. *l. 2. ff. d. iur. & fact.* Et facultates hominum, fere ſemper nobis ſint incognitæ. *l. 10. ff. qui & à quibus manum.* Jura verò conſtituantur in his, quæ ut plurimum accidunt, *l. 3. ff. d. LL.*

Ne igitur falli poſſint, & damnum incurrere pupilli; generaliter maluere leges noſtræ providere, ne pupillis adire hæreditatem, petere bonorum poſſeſſionem, aut ſuſcipere fideicommiſſum liceret.

Altero autem reſpectu, quare pupilli hæreditatem, bonorum poſſeſſionem, fideicommiſſum, quà lucroſa, acquirere, quà damnoſa creditoribus relinquere non poſſint: eadem ſpeciali ratione, qua in mutuis obligationibus alii ipſis obligantur, non item illi aliis, traditur à Lyclama. *d. l.*

3. De tutore ſuſpecto.

Suſpectus tutor, ob latam etiam culpam, haud fit infamis. §. *ſuſpectus. 6. Inſt. de ſuſpect. tutoribus.* Bronchorſt. *lib. 3.* ἐναντ. *aſſert. 19.* Arum. *diſput. ad ll. præcip. 16. theſ. 12.* Lyclam. *lib. 6. membr. ecl. 14.* Ego, *in tract. de tutel c. 22. num. 2. ad fin.*

Et quod dicitur, latam culpam dolum eſſe, & incidere in crimen doli. *l. quod Nerva. 32 ff. depoſiti.* Hoc fallit, quando infligenda eſt corporalis, vel infamiæ pœna: ubi lata culpa doli nomine haud continetur. *l in lege. 7. ff ad l. Corn. d. Sicar.* Fama enim & vita hominis æquiparantur. *l iuſta. 9. ff de manumiſſ. vindicta.*

 Et por-

Et porrò quod dicitur *in §. 1. d. ſuſp. tutorib.* quod lata negligentia propè fraudem accedat: id verum eſt ratione remotionis, quia tam propter latam culpam, quàm propter dolum quis removetur, ut ſuſpectus; non ratione infamiæ. Leviſſima quoque culpa, tutorem non facit ſuſpectum, Schneidew. & Dd. *ad §. fin. Inſtit. de ſuſpect. tut.* Quam enim culpam non luit, propter eam tutor haud removetur. Sed luit tantùm levem. *l. quicquid. tut. 7. C. arbitr.*

4. De tutore literarum ignaro.

IS, qui ſe literas ſcire negat, ſi modò non ſit expers negotiorum, à tutela excuſationem haud habet. *l. 6. §. ult. d. excuſat. tutor. §. ſimiliter. 8. Inſt. eod.* vid. Vultei. *diſcept. 1. cap. 8.* Pacium. *5. antin. 82.* Donell. *3. comm. c. 9.* Duar. *1. diſput. 3.* ſi modò non aliud exigat, patrimonii pupillaris momentum. Sicque in arbitrio magiſtratus ordinarii eſſe videtur, num talis ignorantia excuſationem mereatur. Idque ex quantitate & qualitate patrimonii eſt dijudicandum.

5. De Excuſatione Tutorum.

TEſtamentarius tutor, cui legatum erat relictum, ſi à tutela ſe excuſaverit; nil quicquam ex teſtamento conſequi poteſt. *Nov. 1. cap. 1. in pr. junct. l. 5. §. amittere. 2. ff. de his quibus ut indign. l. Neſenius. 32. ubi DD. ff. de excuſat. tutor.* Piaggius. *tr. de tutor. qu. 13.* Diſſ. cum communi, Soarez. *in theſ. opinion. commun. lit. T. n. ult.* Sed facit id præter rationem. Si enim teſtator aliquid alicui relinquat, ſimulque eum conſtituat Tutorem liberis ſuis, id in remunerationem impoſiti oneris feciſſe videtur. Ceſſante ideoque causâ, hoc eſt, ſi impoſitum onus legatarius non agnoſcat; meritò nec commodum ſentire debet.

Et porrò non à tutelæ datione, ſed ab executionis demum rejectione, appellari poteſt. Contra Cujac. Hackelm. *illuſtr. 15. th. 20.* Haud enim pro irrecuperabili damno haberi debet: cùm per excuſationis oppoſitionem removeri queat.

Sicque non per viam appellationis apud judicem ad quem, ſed per viam atteſtationis apud judicem à quo, excuſationes à tutore, ſive teſtamentario, ſive legitimo, ſive etiam dativo ſeſe excuſaturo, prius proponi debent, per text. expr. *in §. qui a. 16.* ubi

Digitized by Google

ubi hoc idem denotat Weſemb. *per verbum nominationis, Inſt. h. t.* Et poſtea ſi excuſationes non auditæ, aut receptæ ſunt, per viam appellationis juſtificari poſſunt; ut hoc expreſſè probat text. *in l. 1. §. 1. ff. quando appelland.* Quod & dilucidè innuit text. *in l. ſcire oportet. 13. in pr. ff. de excuſ.* Ex quo, perinde ut & ex *l. 4. in pr. & l. 6. in pr. ff.* & *l. 18. C. eod. tit.* & *l. pen. ff. de tut. & cur. dat.* & *l. 2. ff. de adm. tut.* & *l. 17. de appell.* malè colligit Cujacius, *ad l. 2. ff. de excuſ. tut.* & *lib. 9. obſ. 35.* ab ipſa ſtatim judicis datione, ſine omni excuſationis cognitione facta, appellari poſſe, contra expr. text. *in d. § qui autem. 16. Inſt. h. t.* & *in d. l. 1. §. 1. ff. quando appell.* Cùm ll. illæ omnes, de datione cum excuſationis cognitione & rejectione facta, ſint intelligendæ.

6. *De actionibus, quæ contra Tutores & Curatores dantur: & de officio eorundem.*

Tutor ac quoque curator pupillo vel jam majori, rationem geſtorum (quoad accepta, & expenſa) exactiſſimam reddere; damna quoque luere, & etiam intereſſe præſtare debet. *l. ſi tutor. 9. §. fin. de Tutel. & rat. diſtrah. l. quicquid dolo. 7. C. arbitr. Tutel. l. Curatoris. 17. C. de negot. geſt.*

Et nec renunciationes àc liberationes, quas tutores & curatores minoribus faciunt, de adminiſtratione tutelæ, etiam cum juramento, validæ ſunt; quando conſtat, nullam fuiſſe adminiſtrationis tutelæ redditam rationem, vel quam reddiderunt, erroneam eſſe.

Et quidem per omnia ferè obſtringuntur Curatores, ſicut Tutores. Daturque majori Tutelæ utilis, vel utilis negotiorum geſtorum actio; in eamque eadem veniunt, quæ in judicium Tutelæ. Meichſner. *tom. 4. deciſ. 12.*

Tutores porrò, ſi plures fuerint conſtituti, tunc habentur pro uno tutore: *l. Titium & Mavium. 47. de admin. tut.* cumque non habent adminiſtrationem diviſam, quilibet in ſolidum tenetur. *l. Lucius. 46. §. 1. de admin. tutor.* vid. Maſtrill. *1 deciſ. 41.*

Et conceditur etiam Minori, adverſus Curatorem, utilis actio negotiorum geſtorum, vel etiam ex ſtipulatu; manente quoque adminiſtratione. Arum. *diſp. ad ll. præcip. 16. th. ult.* quia non idem in his actionibꝰ, quod in tutelæ actione, quæ non niſi finitâ tutelâ competit. *l. 4. in pr. ff. de tutel. & rat. diſtrab.* conſtitu-

Digitized by Google

tum eſt. Et illam differentiam poteſtatis ratio facere videtur, quam tutor in pupilli caput habet, curator non item. *l. 1. ff. de tut.* quia nec ulla alia actio pupillo eſt in tutorem, ex cauſa, quæ cœperit tutelæ tempore; *l. 9. § fin. cum l. ſeq. ff. eod.* ſed ex contractu tantùm paterno, & cauſa præcedente tutelam ſpeciali, Curatore auctore.

Regulariter etiam actiones juraque omnia, in heredes activè & paſſivè tranſeunt. *l. nihil aliud 24 ff. de verbor. & rer. ſignific. l. heredem. 59. l. hereditas. 62. ff. d. R. l. cum concord.* ita ſingulariter & ea, quam rerum alienarum adminiſtratio parit, obligatio, quæque inde procreatur actio, utrinque conſtringit heredem. *l. 1. §. hanc. 16. de tut. & rat. l. tutela. 12. C. arb. tut. l. 1.* ubi Goth. *l. fin. C. de hered. tut. l. 3. §. hac a. actio. 7. ff. de negot. geſt. l. 4. de Magiſtr. conveni.* Pfeil. *conſ. 19.* ubi, quomodo huic actioni præſcribatur.

Pecuniam quoque, ſi in ſuos uſus Tutor, vel Curator convertat, ad uſuras graviſſimas (hoc eſt centeſimas) tenetur. *l 1. ubi Dd. C. de uſur. pupill. l. 3. C. arbitr. tutel.* Idque adhuc hodie obtinere, probat Rauchb. *lib. 2. qu. 26.* Qui idem latè *ibid.* tractat, quomodo otioſam pecuniam pupillarem utiliter collocare debeat Tutor. Qua de re etiam diſquirit Schæffer. *lib. 1. qu. 30* Ubi notandum eſſe videtur; quod in Jure veteri, de uſuris hanc circa quæſtionem ſancitur: id ad emptionem annuornm redituum, non incommodè referri poſſe.

Etiam ſecundùm Jus Juſtinianæum, tutor pro pupillo, ſolemnia tantùm munera, & conſueta (putà natalitia, & Strenas, quæ parentibus, aut cognatis, annuatim olim dabantur) non verò extraordinaria (& quoque Nuptialia) mittere non poteſt. Idque ſi faciat, ea pupillo non imputantur. *l. 1 §. ſed ſi munus. 5. de tut. & rat. l. cùm plures. 12. § penul. & l. ſeq. §. ult. de admin & peric. tutor.* Pacius. *cent. 5. quæſt. 84.*

Sic & tandem, Tutor pupillam ducere nequit: & multò minus accipere aliquid à ſponſo poteſt, pro pupilla maritanda, licet non indigno nubat. *l. in copulandis. 8. C. de nupt.* Maſt. *1. dec. 63.*

7. *De Tutore, qui datur liberis, etiam in patria poteſtate conſtitutis; intuitu bonorum maternorum.*

MOribus noſtris, liberis etiam in poteſtate conſtitutis, ratione bonorum maternorum, tutores dantur; ſi matrimoninm ſit ſolu-

ſolutum, licet Pater adhuc vivat. Hicque aliquando actione tutelæ conveniri ſolet. ſed non habent bonorum illorum adminiſtrationem; cum in iis Patri competat uſusfructus (unde & juramento Tutorio non onerantur) attamen providere debent, ne Pater bona illa prodigaliter abſumat. vid. Conſ. Altorff. *1. & 120.* ubi pro tali Tutore pugnatur. Sed tamen, ne ejuſmodi Tutoris conſtitutio, planè eluſoria ſit: dicendum eſt, eum etiam obligari. Verùm non actio contra eum locum habet, quæ aliàs competit, ad rationes & reliqua reddenda: ea enim ab ejuſmodi curatore, cùm certum ſit eum non adminiſtrâſſe, exigi ultra evidentem calumniam non poteſt, & præſtari impoſſibile eſt; ſed hoc ſolùm ei imputari poteſt, cùm datus obſervator, & cuſtos eſſet appoſitus vero tutori, qui gerebat, quem malè gerere videbat, non fecit ſuſpectum. *arg. l. 3. §. 1. & l. ſi plures. 3. l. ſi duo 51. ff. d. ad miniſtr. tut. l. 2. §. 1. C. d. divid. tut. ubi Dd.* And. Piagg. *tr. d. tut. & curator. qu. 11. n. 7. cum ſimilib.*

8. *An Minori invito Curator detur?*

MInorum quidem fragile infirmumque conſilium, & multis captionibus oppoſitum eſt: unde non immeritò Curatorum auxilio reguntur. *l. 1. ff. d. minorib.* Sed tamen minores propriè non ſunt in cura: & in litem ſolummodò curator invitis datur. *§ 2. Inſtit. d. Curatorib.*

Et contrarjis ſufficienter reſpondet Lyclama, *lib. 3. membr. eclog. 15.* Sed aliud moribus noſtris eſt receptum; & qui ſemel tutor legitimè factus eſt, manet in officio tali, uſque dum adultus major fiat.

Sed tamen ex conſuetudine ferè, matrimonium Curatoris officium ceſſare facit, & tales in ea ſunt conditione, ac ſi veniam ætatis impetrâſſent. Ego diſp. *ad 2. part.* deß Würtemb. Landrecht. *th. 147. & ſeq.* Quod tamen juri communi contrarium eſt. *l. non eò minus. 14 C. d. procur. l. maritus. 2. C. qui tut. dare poſſ.* Parlador. *1. rer. quotid. cap. 12.* Peguera. *deciſ. 132.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Pandectarum libr. XXVIII. & XXIX. tractatum teſtamentorum exhibentibus.

1. *Quæ-*

Digitized by Google

12. *De jure retentionis, aliiſque remediis, mulieri dotis ratione competentibus.*

VIdua, pro reſtitutione dotis, in bonis prædefuncti mariti, uti poteſt jure retentionis: non ſolùm ex judicis permiſſione, ac etiam ex conventione, factâ cum viro; ſed & quando vacua bonorum maritalium poſſeſſio, ad eandem ſine vitio pervenit. Magon. *deciſ. Lucenſ. 64.* latè Petrus Molignat. *d. Retentione, quæſt. 20.*

Maximè autem conſultum eſt, ut uxor verbis vel facto declaret, quod intendat, ratione ſuæ hypothecæ, inſiſtere in bonis mariti; in quibus eo vivente inſiſtebat jure familiaritatis: ita ut conſtare poſſit, ſe velle ex nova cauſa poſſidere. Molignat. *d. l. ſ. 17.* ubi tamen dicit, hanc declarationem neceſſariam non eſſe. ac idem *qu. 21.* tradit: mulierem retinere poſſe omnia bona, non verò ad ratam tantùm dotis.

Hocque maximè notandum eſt iis in locis, ubi uxor vigore Statuti, marito in totum, vel ex parte ſuccedit: tunc enim etiamſi maneat in poſſeſſione, id tamen fieri non cenſetur animo hæreditatem adeundi, ſeque Creditoribus aſtringendi.

At verò retentio hæc ita eſt temperanda, ut non promiſcuè bonis mariti incumbere queat, etiam ultra neceſſitatem alimentorum, & pinguius quàm exigit natura retentionis; ſed tantummodò majoris ſecuritatis causâ & ad qualemcunque ſui juris tuitionem. Unde & poſtulantibus creditoribus, aliiſque mariti hæredibus, inventarium conficere & de fructibus quoque perceptis ob abuſum fortè, & pinguius uſurpatum jus retentionis, rationes reddere tenetur Moll. *4. cap. 13.* Schæffer. *l. 3. qu. 15.* Rauchbar. *lib. 1. qu. 30.* Qui idem *qu. 30.* pluribus agit, *quibus legum beneficiis, & remediis mulieri dotis, donationis propter nuptias, vel etiam dotalitii ſervandi causâ, marito adhuc vivente, & ad inopiam vergente, ſubveniatur:* Et *utrum exceptionis præſidio, vel iure retentionis,* quod vocant, *& hypothecaria actione, experiri adverſus poſteriores creditores in ſolidum poſſit; an verò pro rata dotis, donationis propter nuptias, vel dotalitii conſtituti:* Et *an electio vel optio bonorum, mulieri debeat permitti?*

13. *Quan-*

13. Quando donatio inter virum & uxorem valida cenſeatur?

DOnatio inter virum & uxorem, niſi res fuerit tradita (ſaltem ficta traditione) morte donantis haud confirmatur. *l. Papinianus. 23. ff. d. donat. inter vir. & uxor.* vide Coraſ. *lib. 5. miſcell. 1.* Duaren. *ad tit. ff. ſolut. matr. rubr. d. donat. inter vir. & uxor.* Pacium. *cent. 5. quaſt. 59.* Anton. Fabr. *lib. 2. conjectur. cap. 8.* Molinam. *d. inſt. & iure tract. 2. diſp. 289. num. 4. &c.* Cùm enim donator vivus non tradidit, quod promiſerat, videtur non manſiſſe in ea voluntate, ſed pœnitentiâ ductus non tradidiſſe.

Sicque etiam *l. 2. C. ſi quis alteri vel ſibi.* traditionem requirit, ut donatio patris filio facta, morte patris confirmetur.

Idcircò autem, ſaltem ficta traditione opus eſſe dixi: quoniam ut donatio morte donantis confirmetur, ſatis erit, ſi res donata tradita ſit per clauſulam conſtituti, vel per alium actum fictum, per quem civilis poſſeſſio acquiri ſolet. juxta Gl. *ult. l. 2. C. de dote cauta non numerata.* Ex qua lege, ex communi ſententia (quam Covar. *lib. 1. var. reſol. cap. 7. num. 4.* refert ac ſequitur) perſpicuè colligitur; traditionem fictam, ſeu virtualem cenſeri, ſi maritus animo donandi incrementum (quod in dubio præſumitur) confeſſus ſit, ſe majorem dotem recepiſſe, quàm receperit reverà. Cùm enim maritus dotem poſſideat toto tempore, quo matrimonium perſeverat, tanquam ſibi ab uxore traditam; ſimili modo cenſetur poſſidere incrementum illud, tanquam acceptum ab uxore, & de uxoris manu receptum. Atque ideò, niſi maritus, dum vivit, ejuſmodi donationem revocet, morte ipſius confirmatur, uxorque repetere tale incrementum ab hæredibus viri poteſt.

Porro, quando nulla inſinuatio præceſſit, donatio inter vivos ab uno conjuge alteri facta, confirmatur morte donantis; ſolùm quoad ſummam, quam ſine inſinuatione fas eſt donare, non verò quoad incrementum. Jul. Clar. *4. lib. ſent. quaſt. 17. num. 3.* Si tamen in ultima voluntate, putà in teſtamento aut in codicillo, à donante confirmata ſit; tunc valet quidem quoad exceſſum: veruntamen non ratione donationis, ſed jure legati, atque ultimæ voluntatis; quæ inſinuatione non indigere putatur.

Non obſtat, quod annui promiſſio, morte mariti promiſſoris confirmatur, *l. ſi ſtipulata. 33. ff. d. donat. inter vir. & uxor.* Hoc enim ſpeciale eſt in annuo, menſtruove promiſſo: vel quia talis donatio non eſt omninò prohibita. *l. ex annuo. 15. eod.* vel quia ceſſat illa ratio tacitæ pœnitentiæ. Nam quoad annos, poſt mortem mariti futuros, videtur maritus, potiùs quia dies nondum venerat, quàm propter pœnitentiam non tradidiſſe donata. Donatio porro inter conjuges, juramento confirmatur. Fachin. *lib. 3. cap. 81.* Non enim illa donatio, bonis moribus juris naturalis repugnat. vide Bernhard. Grævæ. *2. concl. 40.* Molinam *d. diſput. 289 ad fin.* Dn. Bocer. *d. donat. cap. 57. num. 23.* Me, *diſputat. d. Jurament. 2. theſ. 14. ad fin.* Tumque ſtatim valet, etiam ante donantis mortem.

14. *Dos, mortua dotata, ad quem revertatur?*

UXore relictis liberis defunctâ, dos à patre profecta, non ad eum redit. Ant. Faber. *1. conject. cap. 16.* Duaren. *ad l. 48. ſolut. matrim.* Diſſ. Guibert. Coſtan. *tr. de dote. c. 6. num. &c.*

Nec obſtat *l. unic. §. taceat. 5. v. ſileat. C. d. rei ux. act.* Ubi ita Imp. Juſtinianus ſancit: Sileat ob liberos retentio, cùm ipſe naturalis ſtimulus, parentes ad liberorum ſuorum educationem hortetur; ne varium genus culpæ; mariti contra uxores excogitent, ut poſſint eadem retentione contra eas uti. Aliud enim eſt, ſi matrimonium morte uxoris ſolvatur: quia vivente uxore, illa, non liberi commodis fruuntur dotis.

Non item *ex l. ſi dotali. 48. ff ſolut. matrim.* contrarium colligi poteſt, ubi dotali inſtrumento ita ſtipulatio interpoſita fuit, ut nomine liberorum dos reſideat apud maritum: Ejuſmodi enim pactum, ut gloſſa ibi monet ſupervacuum fuit. Cùmque lex illa, ex libris quæſtionum Calliſtrati JCti referatur; probabile eſt, caſum talem in facto propoſitum fuiſſe, nec inde concludi poſſe, pactum neceſſarium eſſe. Sunt enim illa verba enunciativa, & minimè diſpoſitiva.

Inſuper pater, doti pactum addens, ut ad filios ſuos ea revertatur; facit, ne filia (ſine liberis decedens) huic derogare poſſit. Pater enim, ut extraneus dotem dans, ei quam velit legem dicere poteſt. *l. cùm dos. 7. in pr. d. pact. dot* nihilque vetat (in favorem inprimis familiæ) per tale pactum, inter vivos inducere fideicom-

deicommiſſum. *l. 23. l. 26. §. cùm inter. l. 29. §. ult. & l. ſeq. eod.* in terminis Conſil. Altorff. *114.* Gravett. *conſ. 543.* Franc. Ant. Coſta. *conſ. 87.* Ego *tom. 2. conſil. 44. ut & conſ. 155.*

Aliud verò omnino dicendum eſſe videtur, ſi filia renunciet paternæ ſucceſſioni, dotemque accipiat, legitimæ loco.

15. *An mariti hæredes ob adulterium uxoris, dotem retinere poſſint?*

AB hæredibus mariti, dos propter adulterium retineri regulariter nequit. *l. 1. l. ult. C. de revoc. donat. l. 1. § ult. ad SC. Syllan. l. 1. ff. d. privat. delict. l. 18. d. iniur.* Duaren. *ad l. 15. ſolut. matrim.* vid. tamen Maſtrill. *lib. 1. deciſ. 57.* & Menoch. *d. arbitr. lib. 2. caſ. 287. num. 11. &c.*

Niſi ſcilicet maritus deceſſerit illius delicti ignarus. Quippe ſi ſciverit, mulieris mores approbaſſe, vel injuriam ſibi illatam remittere cenſetur: ſi non illius vindicationem ſuſceperit, vel præparaverit ſaltem, aut etiam citâ morte hoc facere fuerit impeditus, latè Nicol. Noalis. *tr. d. tranſmiſſione caſu. 46.*

Et hæc omnia locum etiam habent in lucro dotis, aut in parte hæreditatis, quæ viduæ competit vigore ſtatuti Maſtrill. *dict. l. num. 6.*

16. *De impenſis, maximè in res dotales factis.*

NEceſſarias impenſas, quilibet tam bonæ ſcilicet, quam malæ fidei poſſeſſor deducit. At verò qui poſſidet mala fide, eaſdem tum demum aufert, ſiquidem illud ſine læſione prioris ſtatus fieri poteſt. *l. domum. 5. ubi Gl. & Dd. C. d. rei vindicat.* Bronchorſt. *ἐναντιοφ. cent. 3. aſſert. 17.*

Quod verò dicitur, bonæ fidei ædificatorem, pro retentione impenſarum doli quidem exceptione gaudere: Si verò ceciderit à poſſeſſione, actionem nullam habere; id de rigore juris verum eſt. Sed ex æquitate, competit eidem actio in factum. arg. *l. 6. §. 3. d. negotiis geſtis. l. 38. de petitone hæredit. l. 2. in fin. Cod. d. rei vindicat.*

Piſtrinum autem vel horreum, in ædibus dotalibus factum, regulariter pro utili, haud verò pro neceſſaria impenſa habetur. *l. 6. ff. d. impenſ. in res dotal. fact. l. impenſa. 79. §. 1. d. verbor. ſignif. & ibi* Gœdd. *vid. l. 1. §. inter. ff. d. impenſ. in res dot.* Si

Si item vir, impenſas in lapidicinas dotales fecit; eas haud ei reſtituere cogitur uxor. *l.7.§.13.ſolut.matrim. vid.l.fin.in princ. de fundo dotal.* Anton. Fabr. *1.coniect. 8.* Gœdd. *ad l.77.d.V.S.num. 8.& ſeq.* Pacius. *5. Antinom. quæſt. 63.* niſi ſcil. talis conditio fundi ſit, ut lapis ibi renaſcatur.

Ac quamvis utilis impenſa videatur, licet lapis ibi non creſcat; ſi nempe fundus, per lapidum exemptionem, fructuoſior, ut fieri ſolet, redditus fuit: illam tamen expenſam, maritus non deducit. Contentus enim eſſe debet, quòd ſui commodi cauſa lapidem exemit, licet per accidens, fundus ille fructuoſior exindè reddatur?

17. An ſtante matrimonio, detur actio rerum amotarum?

QUamdiu matrimonium durat, ceſſat actio rerum amotarum. *l. rerum quidem. 25.ff.rer.amotar.* Ea ergò competit tantùm, divortio ſecuto. Et Imperator Juſtinian. *in l.ult. §. ult. C.d.furtis.* cùm ait, *dari actionem rerum amotarum*, ita eſt intelligendus, ex aliiſque locis ſupplendum: ut tunc demum competere videatur, cùm matrimonium ſolutum erit. Interim verò minus famoſa actione, in factum nempe; agitur. Quæ reſponſio ſimpliciſſima eſſe videtur: quamvis aliam adhuc ſuggerat Pacius. *cent. 5. ἐναντιοφ. quæſt. 68.*

18. De concubinatu.

COncubinatus de jure civili, non eſt improbatus. Sed in hoc, vitio quodam laborare videtur jus noſtrum. Cæphallos *opin. contra com. quæſt. 295.* Ant. Matth. *diſp. d. fundam. iur. 12.* Et perperam Rittershuſ. *differ. iur. civ. & canon. cap. 19.* etiam de jure Canonico, non prohibitum eſſe concubinatum, ſtatuere audet: nulla vera ratione vel textu niſus. Sed vide quæ dixi, *ad l. 10. ff. d. inſtit. & iure. quæſt. 15.*

Quodque attinet jus civile, ſciendum eſt, non omne quod licet, honeſtum eſſe. *l. non omne.144. ff. d. R.I.* Benedict. Ægyd. *in tr. d. privileg. honeſtat. in præfat. n. 6.* Et multa non puniuntur, nec etiam prohibentur: ſed tamen non approbantur. Alberic. Gentil. *de nuptiis. lib. 1. cap. 5.*

19. De

19. *De Filiatione.*

Filiatio ex præſumptionibus probatur. Hieron. Magon. *deciſ. Lucenſ. 86.* & Maſcardus *d. probat. in concl. filiatio.* & inprimis ubi non de fœdere matrimonii præcipuè agitur, ſed de legitimatione filiorum; tunc ſignis & conjecturis matrimonia probantur, & leviores probationes requiruntur. Innoc. *in c. ex parte. d. reſtit. ſpol. ac not. omnes Canoniſta, poſt gloſſ. ibi. in c. illud. de præſumptio.* & Bl. *conſil. 169.*

Sed hæc omnia tum demum locum habent, quando ejuſmodi præſumptiones legitimè probatæ fuerunt. Magon. *d. l. n. 22.*

Et porro filius hodie, potiùs ex ſtupro, quàm ex concubinatu præſumitur natus, contra Fachin. *lib. 3. cap. 43.*

Quamvis enim delictum minus ſit præſumendum: *l. meritò. 51. ff. pro ſocio.* majuſque delictum exiſtat committere ſtuprum, quàm vivere in concubinatu; una tamen præſumptio fortior, aliam minùs robuſtam vincit.

Et ita cùm juſtus concubinatus multa requirat, rariorque exiſtat: potiùs præſumendum eſt id factum eſſe, quod frequentiùs fieri ſolet.

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libro XXVI. & XXVII. Pandectarum, ubi de tutelis agitur.

1. *Quis det vel confirmet tutorem?*

Tutoris datio, pars eſt juriſdictionis. vide Bronchorſt. *1. ἐναντ. aſſert. 19.* Scipion. Gentil. *d. juriſdict. lib. 1. ad Orat. Div. Marc. cap. 1. fol. 148. &c. ac ibid. cap. 3. f. 159. &c.* Arum. *diſp. ad ll. præcip. 16. theſ. 2.* Sed hac de re Ego, jam egi ſupra, *in delibatis ad lib. 2. ff. ubi tracto. d. juriſdict. cap. 4.*

Hodie etiam Judex ordinarius, conſtituit vel confirmat tutorem. Sicque Vaſalli impuberis tutor, datur vel confirmatur à judice ordinario: ejuſque datio in dubio etiam extenditur ad feuda. Nec ideo Dominus Feudi, tutorem conſtituit Vaſallo, niſi dominus ille ſimul vaſalli ordinarius judex, & vaſallus,

ejuſdem ſubditus (ein Landſaß) exiſtat: contra Schraderum Henric. à Roſenthal. *d. feud. cap. 12. concl. 10. num. 49. &c.* Sicque Vaſallus, filiis ſuis, in teſtamento conſtituens tutorem; is tam in feudalium, quàm allodialium bonorum adminiſtratione aliis præfertur. Ego, *tract. d. tutela cap 5.* Cùm nempe feudum, ſalva ejus ſubſtantia, in libera ſit adminiſtratione Vaſalli.

Sicque Mater, vel Avia, Tutrix quoque eſt feudalium bonorum: Idque extendunt etiam ad Regna, in quibus, non niſi maſculus ſuccedit. Cum aliud ſit tutela, aliud ſucceſſio: & utrobiq; diverſa ratio militare comperiatur. Ego, *d. tr. d. Tutel. cap. 12. ad fin. & d. ſucceſſ. ac elect. Regia. lib. 3. differt. 4. num. 9.*

Porrò autem, ſi pupillus quoad facultates, aut etiam domicilii & bonorum ratione, judices habeat diverſos; uter in dando tutore ſit præferendus? quærunt noſtri Doctores. Ego tutius eſſe putarem, ut is utriuſque decreto conſtituatur. arg. *l. 30. §. 1. d. excuſat. tutor.* vide Gothofr. *ad l. un. C. ubi peti tutor.* Matth. Stephani. *l. 1. de iuriſd. cap. 33. num. 38. &c.*

2. *De autoritate tutoris.*

TUtor ſtatim in ipſo negotio præſens, auctor fieri debet: non poſt tempus, aut abſens. *l. obligare. 9. §. tutor. 5. ff. d. autoritate tutor. §. tutor 2. Inſt. eod* Bronchorſt. *2. miſcell 6.* Arum. *d. diſputat. 16. theſ. 11.* Lyclama. *3. eclog. 17.* Ego, *tract. d. tutel. cap. 20. numer. 9.*

Forma namque interponendæ auctoritatis eſt, ut tutor in ipſo negotio pupilli, præſens ſuam auctoritatem interponat. Ex intervallo autem non rectè interponitur. Ratio eſt: quia quæ pertinent ad ſolennitatem contractus, à contractu dividi non poſſunt. *l 1. §. 1. l. continuus. 137. ff. d. V. O.*

Nec adverſatur. *l. ſi quis mihi. 25. §. iuſſum. 4. ff. de aequ. hared.* ubi JC. reſpondet, quod etiam perfecto negotio, tutoris auctoritas interponi poſſit. Igitur male dicitur, tutorem ſtatim in ipſo negotio debere auctorem fieri. Reſpondetur enim, quòd dicitur, tutorem ſtatim in ipſo negotio debere auctoritatem interponere; id cum aliquo temperamento temporis intelligi. Statim ergo dicitur interpoſita auctoritas, ſi vel initio, in ingreſſu ipſius negotii fuerit interpoſita; vel ſi ſtatim perfecto negotio fuerit appoſita, antequam contrahentes ad extraneos actus diverte-

verterint. Sicque in locis illis, ubi mulier abſque conſenſu Curatoris vel mariti, contrahere non poteſt; is intervenire debet in ipſo actu: cùm ſit de ſolennitate. Berlich. tamen *lib. 2. concluſ. 18. num 14.* cenſet ratificationem etiam ſufficere, aut conſenſum adhibitum ſtatim poſt ipſum actum.

Ac tandem, pupillus, licet citra tutoris autoritatem, conditionem ſuam facere poſſit meliorem: non tamen petere bonorum poſſeſſionem, aut hæreditatem adire poteſt. §. *1. Inſt. d. auct. tut. l. 9. §. 3. ff. eod.* Lyclama. *membr. lib. ult. eclog. 35.*

Ratio eſt, quòd cùm ipſe defunctus ſæpe de facultatibus ſuis ampliùs, quàm in his eſt, ſperat; *§. 3. Inſtitut. quibus ex cauſ. manum.* juſtiorque ſit ignorantia eorum, qui in ejus locum ſuccedunt: incerta magis ſpes eſt & ſcientia, an hæreditas ſit futura lucroſa. *fac. l. 42. ff. d. R. I.* Utpote, cujus rei interpretatio facti ſit, quod prudentiſſimos plerumque fallat. *l. 2. ff. d. iur. & fact.* Et facultates hominum, fere ſemper nobis ſint incognitæ. *l. 10. ff. qui & à quibus manum.* Jura verò conſtituantur in his, quæ ut plurimum accidunt, *l. 3. ff. d. LL.*

Ne igitur falli poſſint, & damnum incurrere pupilli; generaliter maluere leges noſtræ providere, ne pupillis adire hæreditatem, petere bonorum poſſeſſionem, aut ſuſcipere fideicommiſſum liceret.

Altero autem reſpectu, quare pupilli hæreditatem, bonorum poſſeſſionem, fideicommiſſum, quà lucroſa, acquirere, quà damnoſa creditoribus relinquere non poſſint: eadem ſpeciali ratione, qua in mutuis obligationibus alii ipſis obligantur, non item illi aliis, traditur à Lyclama. *d. l.*

3. *De tutore ſuſpecto.*

SUſpectus tutor, ob latam etiam culpam, haud fit infamis. *§. ſuſpectus. 6. Inſt. de ſuſpect. tutoribus.* Bronchorſt. *lib. 3. ἐναντ. aſſert. 19.* Arum. *diſput. ad ll. præcip. 16. theſ. 12.* Lyclam. *lib. 6. membr. ecl. 14.* Ego, *in tract. de tutel. c. 22. num. 2. ad fin.*

Et quod dicitur, latam culpam dolum eſſe, & incidere in crimen doli. *l. quod Nerva. 32 ff. depoſiti.* Hoc fallit, quando infligenda eſt corporalis, vel infamiæ pœna: ubi lata culpa doli nomine haud continetur. *l. in lege. 7. ff ad l. Corn. d. Sicar.* Fama enim & vita hominis æquiparantur. *l. iuſta. 9. ff de manumiſſ. vindicta.*

 Et por-

Et porrò quod dicitur *in §. 1. d. ſuſp. tutorib.* quod lata negligentia propè fraudem accedat: id verum eſt ratione remotionis, quia tam propter latam culpam, quàm propter dolum quis removetur, ut ſuſpectus; non ratione infamiæ. Leviſſima quoque culpa, tutorem non facit ſuſpectum, Schneidew. & Dd. *ad §. fin. Inſtit. de ſuſpect. tut.* Quam enim culpam non luit, propter eam tutor haud removetur. Sed luit tantùm levem. *l. quicquid. tut. 7. C. arbitr.*

4. De tutore literarum ignaro.

IS, qui ſe literas ſcire negat, ſi modò non ſit expers negotiorum, à tutela excuſationem haud habet. *l. 6. §. ult. d. excuſat. tutor. §. ſimiliter. 8. Inſt. eod.* vid. Vultei. *diſcept. 1. cap. 8.* Pacium. *5. antin. 82.* Donell. *3. comm. c. 9.* Duar. *1. diſput. 3.* ſi modò non aliud exigat, patrimonii pupillaris momentum. Sicque in arbitrio magiſtratus ordinarii eſſe videtur, num talis ignorantia excuſationem mereatur. Idque ex quantitate & qualitate patrimonii eſt dijudicandum.

5. De Excuſatione Tutorum.

TEſtamentarius tutor, cui legatum erat relictum, ſi à tutela ſe excuſaverit; nil quicquam ex teſtamento conſequi poteſt. *Nov. 1. cap. 1. in pr. juncta. l. 5. §. amittere. 2. ff. de his quibus ut indign. l. Neſenius. 32. ubi DD. ff. de excuſat. tutor.* Piaggius. *tr. de tutor. qu. 13.* Diſſ. cum communi, Soarez. *in theſ. opinion. commun. lit. T. n. ult.* Sed facit id præter rationem. Si enim teſtator aliquid alicui relinquat, ſimulque eum conſtituat Tutorem liberis ſuis, id in remunerationem impoſiti oneris feciſſe videtur. Ceſſante ideoque cauſâ, hoc eſt, ſi impoſitum onus legatarius non agnoſcat; meritò nec commodum ſentire debet.

Et porrò non à tutelæ datione, ſed ab executionis demum rejectione, appellari poteſt. Contra Cujac. Hackelm. *illuſtr. 15. th. 20.* Haud enim pro irrecuperabili damno haberi debet: cùm per excuſationis oppoſitionem removeri queat.

Sicque non per viam appellationis apud judicem ad quem, ſed per viam atteſtationis apud judicem à quo, excuſationes à tutore, ſive teſtamentario, ſive legitimo, ſive etiam dativo ſeſe excuſaturo, prius proponi debent, per text. expr. *in §. qui a. 16.* ubi

Digitized by Google

ubi hoc idem denotat Weſemb. *per verbum nominationis, Inſt. h. t.* Et poſtea ſi excuſationes non auditæ, aut receptæ ſunt, per viam appellationis juſtificari poſſunt; ut hoc expreſſè probat text. *in l. 1. §. 1. ff. quando appelland.* Quod & dilucidè innuit text. *in l. ſcire oportet. 13. in pr. ff. de excuſ.* Ex quo, perinde ut & ex *l. 4. in pr. & l. 6. in pr. ff.* & *l. 18. C. eod. tit.* & *l. pen. ff. de tut. & cur. dat.* & *l. 2. ff. de adm. tut.* & *l. 17. de appell.* malè colligit Cujacius, *ad l. 2. ff. de excuſ. tut.* & *lib. 9. obſ. 35.* ab ipſa ſtatim judicis datione, ſine omni excuſationis cognitione facta, appellari poſſe, contra expr. text. *in d. § qui autem. 16. Inſt. h. t.* & *in d. l. 1. §. 1. ff. quando appell.* Cùm ll. illæ omnes, de datione cum excuſationis cognitione & rejectione facta, ſint intelligendæ.

6. *De actionibus, quæ contra Tutores & Curatores dantur: & de officio eorundem.*

Tutor ac quoque curator pupillo vel jam majori, rationem geſtorum (quoad accepta, & expenſa) exactiſſimam reddere; damna quoque luere, & etiam intereſſe præſtare debet. *l. ſi tutor. 9. §. fin. de Tutel. & rat. diſtrah. l. quicquid dolo. 7. C. arbitr. Tutel. l. Curatoris. 17. C. de negot. geſt.*

Et nec renunciationes ac liberationes, quas tutores & curatores minoribus faciunt, de adminiſtratione tutelæ, etiam cum juramento, validæ ſunt; quando conſtat, nullam fuiſſe adminiſtrationis tutelæ redditam rationem, vel quam reddiderunt, erroneam eſſe.

Et quidem per omnia ferè obſtringuntur Curatores, ſicut Tutores. Daturque majori Tutelæ utilis, vel utilis negotiorum geſtorum actio; in eamque eadem veniunt, quæ in judicium Tutelæ. Meichſner. *tom. 4. deciſ. 12.*

Tutores porrò, ſi plures fuerint conſtituti, tunc habentur pro uno tutore: *l. Titium & Mavium. 47. de admin. tut.* cumque non habent adminiſtrationem diviſam, quilibet in ſolidum tenetur. *l. Lucius. 46. §. 1. de admin. tutor.* vid. Maſtrill. *1 deciſ. 41.*

Et conceditur etiam Minori, adverſus Curatorem, utilis actio negotiorum geſtorum, vel etiam ex ſtipulatu; manente quoque adminiſtratione. Arum. *diſp. ad ll. pracip. 16. th. ult.* quia non idem in his actionib⁹, quod in tutelæ actione, quæ non niſi finitâ tutelâ competit. *l. 4. in pr. ff. de tutel. & rat. diſtrah.* conſtitu-

Digitized by Google

tum eſt. Et illam differentiam poteſtatis ratio facere videtur, quam tutor in pupilli caput habet, curator non item. *l. 1. ff. de tut.* quia nec ulla alia actio pupillo eſt in tutorem, ex cauſa, quæ cœperit tutelæ tempore; *l. 9. § fin. cum l. ſeq. ff. eod.* ſed ex contractu tantùm paterno, & cauſa præcedente tutelam ſpeciali, Curatore auctore.

Regulariter etiam actiones juraque omnia, in heredes activè & paſſivè tranſeunt. *l. nihil aliud 24 ff. de verbor. & rer. ſignific. l. heredem. 59. l. hereditas. 62. ff. d. R. l. cum concord.* ita ſingulariter & ea, quam rerum alienarum adminiſtratio parit, obligatio, quæque inde procreatur actio, utrinque conſtringit heredem. *l. 1. §. hanc. 16. de tut. & rat. l. tutela. 12. C. arb. tut. l. 1.* ubi Goth. *l. fin. C. de hered. tut. l. 3. §. hac a actio. 7. ff. de negot. geſt. l. 4. de Magiſtr. conveni.* Pfeil. *conſ. 19.* ubi, quomodo huic actioni præſcribatur.

Pecuniam quoque, ſi in ſuos uſus Tutor, vel Curator convertat, ad uſuras graviſſimas (hoc eſt centeſimas) tenetur. *l. 1. ubi Dd. C. de uſur. pupill. l. 3. C. arbitr. tutel.* Idque adhuc hodie obtinere, probat Rauchb. *lib. 2. qu. 26.* Qui idem latè *ibid.* tractat, quomodo otioſam pecuniam pupillarem utiliter collocare debeat Tutor. Qua de re etiam diſquirit Schæffer. *lib. 1. qu. 30* Ubi notandum eſſe videtur; quod in Jure veteri, de uſuris hanc circa quæſtionem ſancitur: id ad emptionem annuornm redituum, non incommodè referri poſſe.

Etiam ſecundùm Jus Juſtinianæum, tutor pro pupillo, ſolemnia tantùm munera, & conſueta (putà natalitia, & Strenas, quæ parentibus, aut cognatis, annuatim olim dabantur) non verò extraordinaria (& quoque Nuptialia) mittere non poteſt. Idque ſi faciat, ea pupillo non imputantur. *l. 1 §. ſed ſi munus. 5. de tut. & rat. l. cùm plures. 12. § penul. & l. ſeq. §. ult. de admin & perſec. tutor.* Pacius. *cent. 5. quæſt. 84.*

Sic & tandem, Tutor pupillam ducere nequit: & multò minus accipere aliquid à ſponſo poteſt, pro pupilla maritanda, licet non indigno nubat. *l. in copulandis. 8. C. de nupt.* Maſt. *1. dec. 63.*

7. *De Tutore, qui datur liberis, etiam in patria poteſtate conſtitutis; intuitu bonorum maternorum.*

Moribus noſtris, liberis etiam in poteſtate conſtitutis, ratione bonorum maternorum, tutores dantur; ſi matrimoninm ſit ſolu-

ſolutum, licet Pater adhuc vivat. Hicque aliquando actione tutelæ conveniri ſolet. ſed non habent bonorum illorum adminiſtrationem; cum in iis Patri competat uſusfructus (unde & juramento Tutorio non onerantur) attamen providere debent, ne Pater bona illa prodigaliter abſumat. vid. Conſ. Altorff. *1. & 120.* ubi pro tali Tutore pugnatur. Sed tamen, ne ejuſmodi Tutoris conſtitutio, planè eluſoria ſit: dicendum eſt, eum etiam obligari. Verùm non actio contra eum locum habet, quæ aliàs competit, ad rationes & reliqua reddenda: ea enim ab ejuſmodi curatore, cùm certum ſit eum non adminiſtrâſſe, exigi ultra evidentem calumniam non poteſt, & præſtari impoſſibile eſt; ſed hoc ſolùm ei imputari poteſt, cùm datus obſervator, & cuſtos eſſet appoſitus vero tutori, qui gerebat, quem malè gerere videbat, non fecit ſuſpectum. *arg. l. 3. §. 1. & l. ſi plures. 3. l. ſi duo 51. ff. d. ad miniſtr. tut. l. 2. §. 1. C. d. divid. tut. ubi Dd.* And. Piagg. *tr. d. tut. & curator. qu. 11. n. 7. cum ſimilib.*

8. *An Minori invito Curator detur?*

Minorum quidem fragile infirmumque conſilium, & multis captionibus oppoſitum eſt: unde non immeritò Curatorum auxilio reguntur. *l. 1. ff. d. minorib.* Sed tamen minores propriè non ſunt in cura: & in litem ſolummodò curator invitis datur. *§ 2. Inſtit. d. Curatorib.*

Et contrarjis ſufficienter reſpondet Lyclama, *lib. 3. membr. eclog. 15.* Sed aliud moribus noſtris eſt receptum; & qui ſemel tutor legitimè factus eſt, manet in officio tali, uſque dum adultus major fiat.

Sed tamen ex conſuetudine ferè, matrimonium Curatoris officium ceſſare facit, & tales in ea ſunt conditione, ac ſi veniam ætatis impetrâſſent. Ego diſp. *ad 2. part.* deß Würtemb. Landrecht. *th. 147. & ſeq.* Quod tamen juri communi contrarium eſt. *l. non eò minus. 14 C. d. procur. l. maritus. 2. C. qui tut. dare poſſ.* Parlador. *1. rer. quotid. cap. 12.* Peguera. *deciſ. 132.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Pandectarum libr. XXVIII. & XXIX. tractatum teſtamentorum exhibentibus.

1. *Quæ-*

Digitized by Google

1. *Quatenus Teſtamenti factio Juris publici ſit?*

TEſtamenti factio, Juris publici eſt; *l.3.ff.d.teſtament. vel* invito Ræ vardo. *l 5 var.c.12.* impropriè tamen.

Non enim ita juris publici eſt, quaſi ad ſtatum publicum ſpectet; qua ratione, Leges, Magiſtratus, Sacerdotes, ad Jus publicum, propriè ita dictum, referuntur *l.1.d.Juſtit.& Jur.* vid. Oſwald. Hilliger. *in Donell. enuclea. lib.3.cap.9.lit. A.* Ego *ad l.1.d.Juſt.& Iure quaſt.13.* Sed quia naturaliter, mors omnia ſolvit; non niſi juris publici beneficio (cùm Lex ſit Domina corporum & bonorum) conceſſum eſt, ut quis in vita diſponere poſſit, quod fieri debeat poſt ſuam mortem. Hincque non valet Teſtamentum, niſi ſecundum formam à Jure præſcriptam fiat. Et ideò etiam Teſtator facere nequit, ne Leges valeant in ſuo Teſtamento *l.nemo poteſt.55.* & ibi Joh. Bolognet. *d.legat.1.*

2. *De Teſtamento, ad mortem damnati.*

AN qui ad Mortem eſt damnatus, hodiè teſtetur? variè diſputatur. vid. Viglium, *in §.ſed hactenus. Inſtit.d.Milit.Teſtam.* Covarruv. *rubric.extr. de Teſtament. part 3.num.37.* Berlich. *volum.3.concl 8* Herman. Stam. *d.ſervit.perſonali.lib.2.tit.2.* Dominic. Arum. *diſput.ad ll pracip.17.theſ.5.* Reuſner. *d.Teſtam.part.2. c.38.num.2.* Stephan. Durantum. *deciſ.27.*

Qui affirmativam ſententiam defendunt, nituntur Nov. *22.c.8.& auth. bona damnatorum C.d.bon.proſcriptor. Auth. hodiè, C.d.donat. inter vir.& uxor.* P.H. Ordn. *art.219.* ubi jus vetus, quod bona damnatorum Fiſco applicabat, correctum invenitur.

Et etiam ceſſat hodie ratio, ob quam olim teſtari non poterant ad mortem damnati: quia nempè ſervi pœnæ efficiebantur. *l.ſi.quis 25.§ ſi quis.3.d.acquirend.hered.*

Et quamvis pro negativa adferatur, quod ind. Nov. *22.cap. 8.* ex commiſeratione ſolùm, & certis nimirùm perſonis, hæreditas ad mortem damnati, permittatur: id tamen pertinet ſolùm ad caſum teſtati. Et nihilominus factio teſtamenti non adempta videtur: quia ut dixi, non ſervi pœnæ efficiuntur; & ideò ut liberi, teſtari poſſunt.

3. De

3. *De Teſtamento mente capti.*

AD hoc, ut quis propter rationis, & Judicii defectum, inteſtabilis eſſe dicatur; non ſufficit probari, quod ſimplicis, imbecillioris, & craſſioris fuerit mentis, vel intellectus, ac quod non ita omnia perceperit, pro ut alii acuti, & perſpicaces ſolent: ſed oportet docere, quod prorſus caruerit intellectu judicio, & ratione. Speckhan. *cent. 1. qu. 43.*

Nam certè ſi integritas intellectus, hoc in caſu, in tam ſublimi gradu ſumeretur; multi etiam Doctores inteſtabiles eſſent.

Et hoc etiam ex eo confirmari Dd. dicunt, quod licet pubes vel adultus, poſt 14. annum, non habeat perfectum & integrum judicium, & non poſſit alienare, nec eſſe in judicio: tamen rectè teſtari queat: cum ſufficiat habere ſenſum & intellectum licet non ita plenum & integrum, ſicut alii ſagaces & majores *l. qua ætate 5. d. teſtam. & l. ſi frater 4. & ibi Soarez. in additione. C. qui teſtam. fac poſſ.* Mantic. *d. coniectur. ult. volunt. lib. 2. dub. 1. n. 21. & ſeq.* Graſſ. *tr. recept. ſent. §. teſtamentum. qu. 21. n. 7.* Dec. *conſ. 112. num. 1. & conſ. 448. num. 21. & ſeq.* Coron. *conſil. 91. num. 23. lib. 4.*

4. *De conjugum Teſtamentis.*

FOemina, quæ vigore ſtatuti, ſine Curatore, vel auctore ſuo marito (**als ihres Ehevogts**) contrahere nequit: Qualis ſanctio multis in locis, & quoque in Ducatu Wirtembergico extat. Teſtari tamen ſola poteſt. Pfeil. *conſ. 91.* ubi *num 9.* hoc extendit etiam ad fideicommiſſa, mortiſque causâ donationes. Ego, *conſ. 2. part. 2.* Nam hoc minoribus, qui curatorem habent, conceſſum eſt, etiam eo contradicente.

Diverſa enim ratio hac in parte eſt, in Teſtamento & contractu: quia Teſtamentum ſemper revocare licet, contractus verò irrevocabiliter contrahentes obſtringunt.

Uxor verò, ratificare nequit Teſtamentum Mariti, in ſui præjudicium confectum. Putà uxor & maritus, ſimultaneo Teſtamento diſponunt; ut ſibi invicem ſuccedere: & poſt ultimò defuncti mortem, bona ad utriuſque cognatos, ex æquo debeant pervenire. **daß ihre Güter bederſeits Freunden heimfallen ſollen.**

Nunc ſi uxor, ampliora bona habeat quàm maritus; uxor maritô defunctô, Teſtamentum quoad ſuam portionem revocare: nec dici poteſt, eam marito permiſiſſe, ut in alienis (ſc. uxoris) bonis teſtetur. vid. Oldrad. *conſ. 174.* Schæffer. *lib. 3. quaſt. 49.* Pantſchman. *lib. 2. quaſt. 5.* Petr. Salazar. *d. conſuet cap. 4. n. 27. f. m. 142.* Valaſcum, *conſult. 7 tom. 1.* Me. *dec. 3. conſ. 6.* Id quod inprimis locum habet, in caſu prædicti ſtatuti.

Sed ſi ſtatuto ita jubente, conjux conjugi certam portionem ſuorum bonorum, relinquere teneatur: Anne tunc Mulier ei renunciare, & permittere poteſt, ut Maritus omnia ſua bona relinquat ſuis cognatis? Id verò fieri poſſe puto, ſi utrinque hoc fiat. Licet enim uxor contrahere nequeat, hæcque permiſſio ſapiat naturam conventionis & contractûs: puto tamen propter incertum eventum, ſuſtineri eam poſſe.

Si autem conjuges ita teſtentur. Daß nach ihrem Ableiben/ das Gut auff ihr beederſeitten fallen ſolle/ tunc bona omnia, in duas æquales portiones dividuntur; licet utrinque cognati imparis numeri deprehendantur. Schrader. *conſ. 49.*

Legibus enim expreſſè cautum eſt, plures vocatos ad hæreditatem, legatum, vel fideicomiſſum, ſub nomine appellativo vel collectivo, unius loco habendos. *l. fin. & ibi* Br. Bl. Caſtrenſ. Alexand. Jaſon. & Dd. *Cod. d. impub. & aliis ſubſtitut. l. ſi quis Attio. 7. & ibi* Bald. *ff. d. uſufruct. accreſcen. l. ſi pater filio. 9. & ibi* Jaſ. *ff. d. vulgari & pupill. ſubſtitut.* Quod uſque adeò verum eſt, ut plures vocati ad hæreditatem, legatum, vel fideicommiſſum, ſub duobus nominibus appellativis ſive collectivis, loco duarum perſonarum habeantur; atque hæreditas vel legatum ipſis relictum, in duas æquales portiones dividenda ſint: ita ut contenti ſub uno nomine appellativo, unam, contenti verò ſub alio nomine appellativo, alteram portionem percipiant; licet plures perſonæ ſub uno, quàm ſub alio nomine appellativo comprehendantur, ſicut hoc ſatis probatur per id, quod tradit Roman. *conſ. 99.*

5. *De filiifam. Teſtamento.*

Filiosfamil. in ſacris nempè paternis conſtitutos, de jure ff. & C. teſtari non poſſe; etiam de bonis quorum uſusfructus non acquiritur Patri, nemo neſcit. *l. nemo. 11. C. qui teſtam. fac. poſſ.*

Non

Non enim hîc inſpicitur qualitas bonorum, ſed perſonæ, quæ Teſtamentum condit.

Sed jure noviſſimo, paulatim decreſcente patriæ poteſtatis jure; & nempe per *Novell. 117. cap. 1.* aliter eſt conſtitutum. Ubi: Res autem, ait, ita relictas ſive donatas poſitis ſub poteſtate perſonis, ſiquidem perfectæ ſint ætatis, licet ſub poteſtate ſint, licentiam habeant, quo volunt modo diſponere. Qui reſtringunt hæc ad diſpoſitionem adminiſtrationis, excluſâ diſpoſitione, quæ fit teſtamento, allidunt ad ea, verba, *quo volunt modo.* Lyclama. *lib. ult. membran. eclog. 33.*

Et cùm etiam jure veteri, liberi in patria poteſtate exiſtentes, ratione illorum bonorum, quorum uſusfructus non habebat pater, potuerint contrahere: *d. l. nemo.* probabile eſt, novum illud jus, adhuc aliud diſponere; & nempe iis etiam teſtandi facultatem permittere voluiſſe.

6. *An pauperes indefinitè, aut etiam peregrini inſtitui heredes queant?*

PEregrinantes, pauperes, aliique, quos Teſtator nunquam vidit; heredes inſtitui poſſunt. *§. fin. Inſtit. de hered. inſtit.* Lyclama. *ult. membr. eclog. 23.*

Nec obſtat, quòd certum debeat eſſe conſilium Teſtatoris: nec ideò jus noſtrum patiatur, ut incerta perſona heres inſtituatur. Ulpian. *in fragm. de hered. inſtit. l. quoties. 9. in pr.* & *§. ſi quis nomen. 8. ff. de hered. inſtit.* Id enim intelligendum eſt de incertitudine tali, quæ non poteſt ſpecificari.

Favore etiam piarum cauſarum, inſtitutio pauperum indefinita valet. *l. id quod pauperibus. 24.* & *l. nulli. 28.* & *l. ſi quis ad declinandam. 49. C. de Epiſc. & Cler.* Et Imp. hanc quæſtionem determinat *in d. l. nulli.* de illis pauperibus eſſe intelligendam, quos Epiſcopus loci duxerit eligendos: niſi teſtator in teſtamento facultatem eligendi pauperes, executoribus teſtamentariis conceſſerit. Nam tunc electio Epiſcopi ceſſat. Et in dubio Epiſcopus illius loci, ubi teſtator defunctus eſt, hanc electionem habet, de quo latius vide Azon. *in Summa. C. de hered. inſt.* & Dd. poſt Gloſ. *in §. legari. Inſtit. de legat.*

7. *De Teſtamento apud Acta facto.*

TEſtamentum apud Acta, etiam ſine teſtibus confectum valet. *l. omnium. 19. l. ſancimus. 27. C. de teſtam. l. in donationibus. 31. C. de donat.*

Et porrò Teſtamentum conditum apud Acta, cùm eſt inſinuatum, ſimul etiam publicatum cenſetur: nec opus eſt eâ publicationis ſolennitate, de qua mox infra dicam. Cyn. & alii, *in d. l. omnium.*

Acta autem dicuntur ſcripturæ de actibus, qui coram judice, ſive contentioſæ ſive voluntariæ juriſdictionis modo fiunt: vel ipſo mandante, ſeu committente. Gloſſ. & Br. *in l. illud. 19. Cod. d. ſacroſanct. Eccleſ. verſ. actorum.* & *in l. acta. 45. & ibi quoque* Zaſ. *ff. de re iudic.* Imò quicquid præſente Judice factum eſt, etſi non in forma judicii factum eſſet, actorum appellatione venit. Bald. *in l. interrogatam. 24. C. de liber. cauſ.* citatus & approbatus à Jaſ. *in l. 2. C. edend.*

Quanquam ſint, qui ad Teſtamenti apud acta conditi ſolennem formam, teſtes ad minus tres duoſvè, cum Judice & tabellione, neſcio qua, certè nullâ firmâ ratione requirant; inter quos è nobilioribus ſunt Bald. Salic. & Alex. *in d. l. omnium.* Contra tamen ſentiunt Cyn. Raph. Fulgoſ. Paul. Caſtrenſ. & Jaſ. Et ſanè horum ſententiam apertiſſima. *d. l. omnium.* & *d. l. ſancimus.* Verba, Judicis acta & ſolennem teſtium numerum evidenter æquiparantia, tuentur: quemadmodum etiam à Schurff. *in conſ. 77. cent. 1.* & *conſ. 69. cent. 2.* explicatum atque probatum eſt.

Quòdque Schneidw. *Inſtit. de teſtam. ordinandis. tit. de ſolenni Teſtam. num. 17. & ſeq.* teſtium interventum requirit, id Weſemb. *ibid. in notis* uſu non ſervari dicit: cùm ubicunque Judex eſt, acta eſſe reputentur. *l. an apud ſe. 5. de manumiſſis vindicta.*

Hincque ſufficere dicit, Judicem, aut duos treſvé, ad domum teſtantis venire, & teſtamentum illis inſinuari, ut poſt ad acta referatur. Ego *diſp. ad Jus Municip. VVirt. 3. th. 5.*

Sed tamen invalidum eſt Teſtamentum, quod domi confectum, & per procuratorem (habentem etiam ſpeciale mandatum) Magiſtratui offertur. Moller. *1. ſemeſtr. cap. 5.* Schæffer. *lib. 3. quæſt. 4. & 23.* Ego *d. diſp. 3. th. 28.*

8. *De*

8. *De Scheda poſt Teſtamentum conditum, eidem ſubjuncta.*

SÆpe fit, ut clauſula adjiciatur Teſtamento: Daß ſämbtliches/ ſo ins künfftig darbey gelegt/ nicht weniger gelten ſolle/ als wann es dem Teſtament/ gleich von Anfang/ wörtlich einverleibt wäre worden.

Hancque clauſulam jure validam eſſe, aſſerui Ego *diſp. ad Jus Municipale VVirtemb. 3. th. 155. &c.* conſentit Conſil. Argent. *tom. 1. conſil. 62. quæſt. 3.* ubi limitatur opinio hæc, ſi circa inſtitutionem aliquid immutetur, vel ſanciatur. Adde conſilium Lanæ, quod junctum eſt conſilio Zunti, pro uxore.

Et quamvis Thom. Herbaius, *rerum quotid. cap. 8.* diſſentiat: praxis tamen opinionem noſtram approbare comperitur.

9. *De Teſtamenti publicatione.*

TEſtamentum ſolemne, in ſcriptis confectum, & clauſum, irritum cenſetur, ſi non ritè publicetur. *l. publicati. 2. C. d. teſtam.* Speck. *cent. 1. quæſt. 78.* ubi ad hanc publicationem requiri dicit, ut mortuo teſtatore, heres deſcriptus in teſtamento, ab ordinario judice vel magiſtratu, petet illam publicationem fieri, citatis quorum intereſt: heredibus putà venientibus ab inteſtato; teſtibus item Teſtamenti confectioni præſentibus vocatis, & examinatis.

Hoc enim nî fiat, teſtamentum illud habetur pro privata ſcriptura, ejuſque vis corruit omnis, ſi vel unicus teſtis ante publicationem moriatur. Socin. *reg. 49.* Speckh. *quæſt. 50.*

Hujus tamen nullitatis periculum ita evitari poteſt, ſi ſtatim vel quandocunque teſtatori libuerit, is unà cum teſtibus teſtamentariæ diſpoſitioni adhibitis, coram Notario & aliis duobus teſtibus, manus & ſigilla recognoſcat, deſuperque ſingulare conficiatur inſtrumentum. Cæpolla. *cautel. 88.* Speckhan. *dict. quæſt. 50.*

10. *De paterno Teſtamento.*

PRivilegia paternis Teſtamentis competentia (quæ ſummatim refert Speckhan. *centur. 1. quæſt. 47. & ſeq.* ac pluribus illuſtrat Pantſchman. *qq. lib. 2. per tot.*) ceſſant, quatenus in iis aliquid

Digitized by Google

quid relinquitur uxori: quia illa pro extranea perſona habetur. Latè Pantſchman. *lib. 2. quaſt. 6.* Schæffer. *lib. 3. quaſt. 23.* ubi hoc limitat, ſi nil uxori de novo relinquatur: ſed ſolùm determinetur, quomodo dos, & alia ſpectantia ad uxorem, debeant ſolvi.

Et porrò valet etiam Teſtamentum, jure & privilegio Teſtamentis paternis conceſſo; in favorem nepotum, filius licet adhuc vivat: quod pluribus idem Schæfferus, *lib. 3. q. 24. probat.*

Nepotes enim filiorum ſunt loco: & etiam in avi poteſtate eſſe videntur.

11. De filio poſthumo inſtituto.

Formula hæc (ſi filius intra decem menſium ſpatium, poſt mortem meam editus fuerit) comprehendit etiam alterum caſum, ſi me vivô. Id quod contra communem, Arumæ. *diſp. ad ll. præcip. 17. th. 13.* rectè defendit.

Quippe cùm conſtet, teſtatorem ea verba: *poſt 10. menſium ſpatium,* non addidiſſe ad excludendum eum, qui ipſo vivo natus (quin imò hunc ex mente teſtatoris magis complectimur) ſed ad excludendum eum, qui naſcetur mortuo quidem teſtatore, ſed non intra 10. menſes: utpote ultra quod veteres, partus tempus extendi non poſſe crediderunt. *l. 3. §. ultim. ff. de ſuis & legitim. Novell. 39. cap. 2. l. Gallus. 29. de lib. & poſthum.* Unde & olim tempus luctûs, 10. menſibus concludebatur. *l. 2. Cod. de ſecundis nuptiis.*

12. De ſubſtitutione pupillari, ante inſtitutionem ſcripta.

Valet ſubſtitutio pupillaris, ſcripta ante inſtitutionem. *l. 2. §. ſed ſi quis ita. 5. ff. de vulgari & pupillari.* Pacius. *ἐναντιοφ. cent. 5. quaſt. 92.* contra Robert. *lib. 1. receptar. Lection. cap. 34.* & Govian. *lib. 1. variar. lection. cap. 8.*

Et quamvis teſtator prius debeat ſibi heredem facere, deinde filio ſubſtituere: *dict. l. 2. §. prim.* ordinem tamen ſcripturæ pervertere licet, intuitu favorabilis ſubſtitutionis. Aliud ergò dicendum eſt, ſi exheredato ſubſtituatur: quia nempe illa ſubſtitutio eſt odioſa. *l. cùm quidam. 24. C. de legatis.*

13. Quis

13. *Quis jure militari teſtari poßit?*

JUre militari non teſtantur, qui quidem in caſtris verſantur, ſed milites non ſunt. argum. *l. ſcriniarios. 16. Cod. d. teſtam. militari.* Aliud verò eſt, cùm in hoſticulo, aut in procinctu verſantur. *l. unic ff d bonor. poſſ. ex teſtam. mil.* vid. Michaël. Craſſum, *§. 3. num. 6.* Nam certè præſidiarii, ſtationarii, limitanei, ſtipatores, vigiles, in hybernis locati, & ſimiles, milites ſunt, jureque militari teſtantur. Illuſtris Enenck. *d. privil. milit. lib. 1. cap. 5.*

Quippe non ſolùm in expeditionibus occupati ſunt, qui in aperto cum hoſtibus bello, & prœliis verſantur; putoque in expeditione eſſe, idem eſſe quod militare, arg. *§. ſed hactenus. 3. Inſt. d. milit. teſtam.* Nam quod *in §. 1. ibidem, & dict. legib.* Imperator vocavit in expeditione eſſe, id hoc loco militare appellat. Hactenus, inquit, hoc illis à Principalibus conſtitutionibus conceditur, quatenus militant: non aliter quàm alibi: His ſolis, ait, militibus, qui in expeditione occupati ſunt. Adde eundem Enenckl. *lib. 2. privileg. 16.*

14. *De adita & repudiata hæreditate.*

HÆreditas per procuratorem non adiri poſſe videtur. *per text. in l. per procuratorem. 89. d. acquirend. hæredit.* Cujac. *lib. 1. obſ. 34.* Et minùs correctæ ſunt hac in parte Pandectæ Florentinæ, ubi *in d. l. 89.* habetur, *per curatorem.*

Quod & poſt Accurſium vett. Interpp. placuit, & quidem ex hac ratione; quia cùm mando procuratori, ut adeat hæreditatem, eo ipſo videor adire: & ideò nihil remanet, quod per procuratorem agatur.

Diſſentit tamen poſt Duaren. *lib. 2. diſputat. c. 27.* Fachinæ. *lib. 6. controv. cap. 96.*

Verùm funeratio defuncti, non arguit hæreditatis aditionem: eſt enim actus pietatis; & ita æquivocus, neque indubitatè arguit hæreditatis aditionem. Pfeil. *conſ. 128.*

Et plerumque etiam, defuncti antè ſepeliuntur, quàm quis eis hæres exiſtat. Ulpian. *in. l. ſcriptus. 4. ff. d. relig. & ſumpt. funer.* Quapropter & hoc ipſo, quod quis funerat, neque pro hærede geſtio, neque hæreditatis aditio præſumitur. *d. l. ſcriptus. l. & ſi quis. 14. §. plerique. 8. ibidem. l. pro hærede. 20. ff. de acquir. vel amitt. hæredit.*

redit. Et certè Cæſareo quoque jure cautum exſtat, neminem intra novem dies poſt obitum alicujus, cadaveri ejus, vel propinquis ullam afferre debere moleſtiam: *Novell. ut cum de appellat. cognoſcit. 115. c. hac autem diſpoſuimus. 5. §. meminimus inſuper.* Sed hæc non efficiunt errare hæredem, ſi ante novem hoſce aut triginta dies, in bona defuncti ſeſe conferat, cuſtodiæ tantum gratia, ne damno aliquo res afficiantur. Jacob. Schult. *lib. 1. quaſt. 21.*

Viciſſim repudiata eſſe intelligitur hæreditas, ſi quis deliberato animo, ſe eam adire nolle dixit. Fachin. *lib. 6. cap. 49.*

Negari etenim nequit, quin horum verborum ea ſit vis, & ſignificatio, quòd quis nolit hæres eſſe, & hæreditatem acceptare: conſequenter quòd hæreditatem repudiet, & habere nolit. Et Paulus etiam dicit: Recuſari hæreditas non tantùm verbis, ſed etiam re poteſt, & alio quovis indicio voluntatis, quàm ſi quis dicat, ſe nolle hæredem eſſe, vel hæreditatem adire.

Sed ſunt quoque caſus, in quibus hæres hæreditatem amittit, quos enumerat & diſcutit Molina, *d. juſtit. & jure. tr. 2. diſp. 178.* Porro autem ſi hæres inſtitutus, cui ſubſtitutus eſt datus, adierit hæreditatem, & ætatis beneficio reſtituatur; ſubſtitutio quæ hæreditatis aditione evanuerat, per in integrum reſtitutionem reconvaleſcit. Fachin. *lib. 4. cap. 73.* Trentacinq. *part. 1. de. ſubſtit. c. 18.* contra Duaren. *d. ſubſtitut. cap. 10.* Govean. *lib. 1. variar. lect. 13.* & alios. Aditio enim cum effectu eſt intelligenda, ut nempe quis adeat, & maneat hæres. Eſt quoque in integrum reſtitutio, in priſtinum ſtatum repoſitio. *l. quod ſi minor. 24. §. reſtitutio. 4. ff. d. minoribus. Et tradunt omnes, ut & Oddus, de communi atteſtans ſententia, d. reſtitut. in integr. part. 1. quaſt. 1. art. 4.*

Ergo eſt perinde, ac ſi hæres non adierit: & conſequenter ſubſtitutus ſuccedit.

15. De Clauſula Codicillari.

Clauſula Codicillaris ſi non exprimatur, nunquam intelligitur: niſi forſan verba æquipollentia adſint, putà omni meliori modo, aut nolle ſervari miſeram legum diſpoſitionem, &c. *l. 1. ff. d. jure codicill. l. ult. §. illud quoque. 1. C. eod. l. ſi jure. 11. C. d. teſtam. manumiſſ.* facit *l. unic. §. ſin autem ac deficientis. 11. ferè in fin. C. d. caducis tollend.* Menoch. *lib. 4. præſumpt. 31. n. 2.* Vaudus. *lib. 1. quaſt. 21.* vid. Jul. Clar. *§. teſtam. quaſt. 8. n. 8.* Weſemb. *ad §. Codicillis. n. 6. Inſt. d. Cod.*

Et ac-

Et accedit ratio, quia teſtamento adjicere Clauſulam Codicillarem, eſt aliquid facti: talia autem non præſumuntur, ſed probari debent.

Præſumitur verò Clauſula Codicillaris, in teſtamento militis, eoque quod favorem piæ cauſæ continet, & quod inter liberos conditum invenitur: ut & hæc eadem clauſula toties ſubintelligitur, quoties is cui teſtator providit, fuit ei valdè dilectus; nam vehemens amor vim habet clauſulæ codicillaris. *l. in teſtamento. 38. ff. d. fideicom. libert.* Roman. *conſ. 179. verſ. ad quod dicend.* Jaſ. *in l. exigendi. num. 5. ff. d. procurat.* Gram. *dec. 62. num. 27 & 28.*

Et certè ſi clauſula codicillaris, ſemper & indifferenter in omnibus teſtamentis ſubintelligeretur; nunquam teſtamentum ob defectum ſeptem teſtium irritaretur.

Hincque ex teſtamento imperfecto, ſuiſve ſolennitatibus deſtituto, nec etiam legata debentur. videant. Conſil. Altorff. *55. & ſeqq.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex libr. XXX. XXXI. XXXII. XXXIII. & XXXIV. Pandectarum, in quibus materia legatorum tractatur.

1. De legatorum & fideicommiſſorum exæquatione.

INter legata & fideicommiſſa jam ante Juſtinianum exæquata. *l. 1. ff. d. legat. 1.* ille idem Imperator omnem differentiam ſuſtuliſſe videtur. *§. 3 Inſtit. d. legatis.* Lyclama. *4. membran. ecl. 1.* Et diverſum eſt dicere, legata fideicommiſſis per omnia exæquata eſſe: ut quibus ſimilitudo juris ſumma tantùm repræſentatur, magnaque naturæ propinquitas. *§. 5. Inſtit. d donat.* Aliud verò eſt, omnem inter ea ſuſtuliſſe differentiam, quibus natura eadem confertur, nullaque amplius ſupereſſe diſſimilitudo indicatur. Id quod attribuendum eſt Juſtiniano.

Sed obſtat adhuc §. *10. Inſtit. d fideic. hæredit.* ubi fideicommiſſa ab inteſtato relinqui poſſunt, non verò legata. Ut & fideicommiſſa conſtitui poſſunt per contractum. Peregr. *de fideicom.*

art. pen. Id quod de legatis dici nullo modo poteſt: Sed reſpondendum videtur, legata & fideicommiſſa, ratione rei ipſius & effectus, nullam differentiam admittere, non verò ratione conſtitutionis.

Abolitis itidem variis generibus legatorum, variæ quoque in Jure noſtro, quæ legatis aſſignantur definitiones, coincidere putantur. Lyclam. *d. l. 4. ecl. 2.*

2. *Legatum ſervo delatum, Dominus repudiare poteſt.*

Qua de re *text. eſt expreſſ. in l. 7. ff. de lega. 1.* Cujac. *lib. 3. obſervat. cap. 11.* Nec obſtat *l. Titia 34. §. Lucia Titia. 2. ff. d. lega. 2.* ubi contrarium reſponderi videtur. Sed ut Br. & alii ibi notant, in caſu legis poſterioris non intervenit actus ſufficiens ad inducendam repudiationem, ut ex verbis poſterioribus *d. §.* apparet, ubi habetur, Dominum fideicommiſſum ſervo relictum repudiare poſſe, ſi evidenter appareat, cum omittendi fideicommiſſi cauſa, diviſioni interfuiſſe; ſi verò adhibitus fuit actui ut teſtis, minimè præjudicat juri ſuo.

3. *Quæ res legari poſſint.*

Cujus rei legatario commercium non eſt, ei inutiliter ea res legatur. *l. talis. 30 in fin. d. legat. 1.* Donell. *ad l. 34. d. verb. oblig.* Non idem verò dicendum eſſe videtur, ſi ipſa quidem res in hominum commerciis, & privati juris exiſtat,; ſed alterutri ex contrahentibus commercium ejus ſit interdictum: ea enim conditionaliter legari poſſe videtur. Sicque Chriſtianô mancipiô, per fideicommiſſum Judæo relictô, æſtimatio debetur. *l. ſed ſi res. 40. d. legat. 1.*

Sic & id, quod apud hoſtes eſt, & noſtrum aliquando fuit, aut commodè emere licet, legari poteſt. *l. ſi quod. 9. d. legat.. 1.* Schneidw. *ad §. non ſolùm. num. 20. Inſtitut. d. legatis.* Joh. Robert *lib. 1. Sentent. cap. 17.*

Aliud ergò dicendum eſt de rebus, quæ aut noſtræ nunquam fuerunt, aut regulariter nunquam emi poſſunt: ut ſunt hoſtium villæ, Civitates, &c. quæ in contractum ratione ſpei probabilis, non deducuntur. *l. liber. Homo. 103. ff. d. Verb. Oblig. l. ab omnibus. 104. §. 1. verſ. etiam. ff. d. legat. 1.*

Res

Digitized by Google

Res etiam pignori data, à creditore debitori, ritè legatur. *l.1.§.1. de liberation. legat.* Timæ. Faber. *lib.1 annotat. cap.16.* Cùm enim creditor poſſeſſioni pignoris incumbat, *l. ſi non ſortis. 35. §. fin. d. pign. act. l. ſi ſervis. 22. §. 1 de noxal. act.* eoque fiat, ut uſu ejuſdem debitor carere neceſſe habeat, ac dominium planè inutile ipſi reddatur; facile intelligimus, utilitatem non minimam debitoris in hoc legato conſiſtere, ut intuitu juris, quod habuit creditor; defendi legatum oportuerit.

Ac porro res propria, nemini legari poteſt: adeò ut nec legatum, ſi rem legatam, vivo teſtatore legatarius alienaverit, convaleſcat. vid. Joh. Borcholt. *ad §. ſed ſi rem legatarii Inſtit. de legat.*

Et quòd habetur *in l. 1. in fin. ff de reg. Cat.* capio de conditionali legato: regula enim illa, non pertinet ad conditionales inſtitutiones, vel legata. *l. 2. & 4 d. t.*

Turpia legata, quæ denotandi magis legatarii gratiâ ſcribuntur, odio ſcribentis, pro non ſcriptis habentur. *l. turpia. 54. in pr. de legat. 1.* Sed verba maledictionis univerſalia non vitiant inſtitutionem, putà filius meus impiiſſimus, & malè de me meritus hæres eſto. *l. his verbis. 48. §. 1. d. hæredibus inſtit.*

Et ita multò minùs adjectio convitii, irritat exhæredationem. *l. 3. in pr. ubi Cuiac. d. liberis & poſthum.*

4. De variis formulis legatorum.

INſtitutus ſub hac conditione, *ut mortuâ Berthâ, duceret Seiam,* Bertha parùm pudicè vivente, nec Sejam ut ducat, cogi poteſt. Cùm utpote non ſteterit penes inſtitutum, quò minùs conditio adimpleretur: & ea ideò pro purificata haberi debet. *l. uter. 23. ff. de conditionibus inſtitut. l. iure civili. 24. ff. de condit. & demonſtrat.* Dom. Arum. *lib. 1. decif. 8.*

Cùm itaque Cajo nihil imputari poſſit, aliam pro lubitu ducere poteſt: ſiquidem purificata & impleta habetur conditio reſpectu Berthæ, ut propterea Seja nullo modo admitti poſſit. Cùmque inſtitutio iſta, & intentio teſtatoris, reſpectum habuerit ad mortem Berthæ; ea cùm non contigerit, fruſtra diſquiritur de admiſſione Sejæ. *l. qui hæredi. 44. l. Mevius. 55. ff. d. condit. & demonſt.*

Quantitas eadem ſæpiùs legata, pluries debetur. *l. planè. 34. §. ſi eadem. 1. d. legat. 1. & ibi Duaren. l. 22. d. legat. 3.* Cujac.

jac. *lib. 14. obſervat. cap. 7.* Menoch. *lib. 4. præſumpt. 128.* At verò quando teſtator ſpeciem aliquam, putà certam domum reliquit. hoc caſu, etſi ſæpiùs in eodem teſtamento relicta, aut ejus mentio facta eſt, non tamen plus quàm ſemel debetur: quia præſumitur, teſtatorem voluiſſe ſemel tantùm, eam præſtari. Ita ſcribunt uno ore Interpretes, *in l. planè. §. ſi eadem. d. legat. 1. ubi Jaſ. num. 1. & Zaſ num. 6.*

Suppellectile legatâ, haud veniunt veſtes. *l. 3. ff. d. ſupell. legata. l. ſi quis in fundi vocabulo. d. legat. 1.* Roſacorb. *in prax. for. cap. 107.* in annuis legatis, annum ceptum pro completo haberi æquius videtur. Si itaque diem ſaltem attigerit legatarius, ſemper debetur legatum pro illo anno. *l. 4. & ſeq. d annuis legat. l. 1. C. l. nec ſemel. 12. ff. quando dies legatorum cedat.* Meichſn. *tom. 4. deciſ. 1.* Linglois. *ad 50 deciſiones Juſtinian. fol. 64. & ſeq.* Sic & alle Jahr und jedes Jahr beſonder/ Item, ihr lebenlang und nicht länger/ talem quoque important præſtationem, quæ in principio anni peti poteſt. Meichſner. *d. l. num. 9. & 10.* ubi tamen poſteriorem formulam in controverſiam vocat, *num. 12. & ſeq* Legatum autem annuum, ad cauſam ſtudiorum relictum, quamdiu duret, ex arbitratu boni viri, dijudicandum eſſe videtur. Conſilium Altorff. *54.*

De uſufructu legato, variæ quæſtiones moventur, de quibus Linglois. *d. l. fol. 40. & ſeqq. fol. 62. &c. fol. 67. &c.* Fructibus tamen annuis legatis, haud intelligitur uſusfructus legatus. *l. in ſingulos. 8. ff. de annuis legat. l. patrimonii. 22. de uſu & uſufruct. legat.* Et multum intereſt, utrum legatarius jure ſuo fructus percipere poſſit, an ab hærede percipere debeat? cùm enim uſusfructus non ſit jus accipiendi fructus ab hærede, ſed jus utendi fruendi: *l. 1. ff. d. uſufruct.* priori tantùm caſu, non etiam poſteriori videtur uſusfructus legatus. Vide Pacium. *cent. 6. ἐναντιοφαν. quæſt. 31.*

Si decem vini amphoræ, ex reditu fundi Tuſculani ſint legatæ, & minus de eo fundo colligatur, non plus debetur, quàm quod fuerit perceptum. *l. 5. de trit. vino vel oleo legat.* Paci. *6. Antinom. quæſt. 34.*

Quod tamen intelligendum eſt eo ſolùm in caſu, ubi illa quantitas ſemel tantùm, non in ſingulos annos fuit legata. Quo ſanè caſu poſteriori, annorum quædam conjunctio fit, ita ut quod

quod aliquo anno deeſt, ex reditibus aliorum annorum ſuppleatur. *l. ex eo. 13 de tritico vino &c. l. legatum. 17. §. vini. de annuis legatis. l. Lucius. 12. de alimentis vel cibariis legat.*

5. Quando legatarius legatum perdat?

LEgatarius perdit legatum, ſi proprio auſu irruat in poſſeſſionem: debet enim legatarius legata accipere ex manu heredum, ſive ab inteſtato, ſive teſtamento venientium. Quod idem dicendum eſt de fideicommiſſis. *l. fin. C. de Codic. l. controverſia. 14. ff. de tranſact.* Cùmque ſucceſſores ex teſtamento, & ab inteſtato, inter ſe concertant, debent nudi legatarii exſpectare litis exitum & finem, tantumque à parte victrice ſua petere legata. Hardewig. à Daſſel. *conſil. 14 num. 57.*

Et porrò amittit legatarius commodum ex teſtamento, ſi illud oppugnet. Pfeil. *conſ. 98.* Ex eo enim quis non debet conſequi fructum, quod niſus eſt impugnare. *cap. ex eo. de Reg. Jur. in 6.* Quicunque item non ſervaverit ultimam alicujus voluntatem, id, quod ei relictum eſt, amittit. *11. qu. 1. c. Silveſter. l. Lucius 88. §. Sempronia. 4. & ibi* Br. *de leg. 2. l. poſt legatum. 5. §. 1. ff. de his, quibus ut indignis.* Verùm impugnans teſtamentum ratione defectus ſolennitatis, ſic quòd dicat nullum vel non jure factuur, etiamſi perſeveret, & per ſententiã ſuccumbat, legatum non perdit. ſec. Br. *in d. l. poſt legatum. ff. de his quibus ut indign.*

Ac itidem qui deſtitit ab impugnatione teſtamenti, appellatione pendente, licet illud inofficioſum vel falſum dixerit, nihilominus legatum conſequi poteſt. *l qui cum maior. 14. de bonis libertor. l. Papinianus. §. meminiſſe. ubi* Gloſſ. *in verbo, non obtinuit.*

Sed viciſſim, ſi creditor debitori ſuo legaverit liberationem, debitor autem id ignorans, ſolverit heredi creditoris, condictio indebiti locum habet. *l. ſi non ſortem. 26. §. adeò. 7. ff. de condict. indebiti.* Iiſque, quæ obſtare videntur, reſpondet Pacius *cent. 6. qu. 42.* Si item, cui legatum eſt, cùm ad legitimam pervenerit ætatem, in minori conſtitutus ætate decedat; is legatum ad heredem ſuum non tranſmittit. Quia enim in diem incertam legatum eſt, moriente ante eam diem legatario, legatum extinguitur, heredique ejus nihil debetur. *l. ſi dies. 21. ff. quando dies legator. cedat.* Aliud verò eſt dicendum, cùm ſola petitio legati, in diem eſt dilata. *l. pen. C. eod. tit.* Pacius. *cent. 6. quaſt. 57.*

ſ 3   *6. De*

6. *De jure accreſcendi.*

DE jure accreſcendi, ex recentioribus Joh. Suevius ſatis accuratè tractat: hocque idem propediem facturum ſpero, undecunque Clariſſ. Juris Candidatum, Dn. J. Dorn. Lubecenſem. Videri etiam poteſt Donell. & ibi Hilliger. Antiquiorum verò hac de re traditiones; ſubtiliter digeſſit Johan. Bolognetus. *C. quando non petent. partes, &c.* & *ad l. re coniuncti. de legat. 3.*

Jus autem accreſcendi, à verbali conjunctione quaſi eremodicio exulare jubemus. *l. re coniuncti. 89. de legat. 3.* ubi *in fin.* verba, *an coniunctus potior ſit*: De reali conjunctione, de qua utpote proximè mentio facta fuit, intelligenda eſſe puto. Jungenda etiam eſt. *l. planè. 34. §. 9. de legat. 1.* quam de verbali conjunctione accipiunt nonnulli. Govean. *de iure accreſc. n. 26.* Joh. Robert. *lib. 2. ſentent. c. 24.* Verbis ergo tantùm conjunctus, dicitur partes habere ſemper, id eſt, ab initio & ex poſt facto: nec unquam conſequitur totum aut plus, quàm ei teſtator aſſignavit.

Non impedit. *l. ſi duobus. in fin. de legat. 1.* ubi Pomponius reſpondet: *Si teſtator Titio & poſthumis viriles partes dari voluiſſet, vel etiam id expreſſiſſet: totum legatum Titio debetur, non nato poſthumo.* Capio enim textum illum de caſu ſingulari: putoque, viriles partes fieri hîc poſthumo demum nato, non ab initio; & ideò teſtatorem, viriles partes Titio & poſthumis aſſignando, reſpectum habuiſſe ad conditionem nativitatis poſthumi.

Inter conjunctos re & verbis, ſiquidem ſinguli ab initio ſolidum habeant; partes autem concurſu demum fiant (contr. Anton. Fabr. *decad. 49. error. 9.*) viget jus accreſcendi. *§. ſi eadem. 8. Inſt. de legat.* Joh. Robert. *lib. 2. ſententiar. cap. 25.* Fachin. *lib. 4. controv. cap. 94.*

Et quoque inter conjunctos re tantùm, jus accreſcendi nonnulli admittunt. Cujac. *lib. obſ. 24. cap. 35.* Suevius. *lib. 1. de iure accreſc. cap. 5.* Et Imperator *in l. unica. §. 11. verſ ſin verò nemo. C. d. caducis tollend.* non denegat ſimpliciter jus accreſcendi iis, qui re ſunt conjuncti: ſed tantùm dicit, non id competere illis eo modo, quo mixtim conjunctis.

Porrò in fideicommiſſarium tranſit jus accreſcendi, cùm titulum habeat univerſalem. Aliter verò competit hereditatis emptori, qui titulum ſolùm habet ſingularem, ut dixi *ſuprà ad lib. 18.*

Digitized by Google

lib. 18. ff. quaſt. 8. Videri etiam poſſunt Faber. *decad. 50. error. 4.* Cujac. *lib. 12. obſ. cap. 12.* Lyclam. *lib. 6. membran. eclog. 10.* Fachin. *lib. 10. cap. 3.*

7. *De ademptione legatorum.*

LEgatum inprimis revocatur, expreſſa teſtatoris voluntate: etiamſi ſolo nutu exprimatur. Ut etiam legatum ſolo nutu factum, validum eſt, *l. nutu. ff. de legat 3. l. cùm proponebatur ff. de legat. 2.* Covarruv. *c. cùm ibi. de teſtam num. 3.* Etenim quæ ſolennitas neceſſaria eſt, ut legatum ſit validum: eadem requiritur, ut expreſſa legati revocatio valida exiſtat. *§. ex eo. Inſtit. quibus mod. teſtam. infirm. §. unico. Inſtit. de adempt. leg.* Gloſſ. *recepta. in l. fideicommiſſum. C de fideicommiſſ.* Dd. quos Molina. *lib. 1. de primogen. cap. 9. num. 56.* refert, ac ſequitur.

Et quidem legatum etiam ad pias cauſas, generali ademptione revocatum cenſetur: cum Tiraquell. contra Nattam & alios, quos refert Dn. Præcept. D. Joh. Harpprech. *ad pr. Inſtit. de adempt. legat. num. 9.*

Ex præſumpta porrò teſtatoris voluntate, revocatum cenſetur legatum, ſi inter teſtatorem & legatarium, poſt teſtamentum gravis inimicitia fuerit orta; ſi legatarius teſtatori etiam defuncto injuriam intulerit atrocem: *qua de re videri poteſt* Molina. *de Juſtit. & Jur. tr. 2. diſp. 212. qui item diſput. 194.* diſquirit, quando res legata pereat legatario, aut decreſcat, alienatione vel immutatione rei legatæ. Verùm ſpeciei ex materia legata efformatione, teſtator adimere legatum præſumitur: non verò ſi areæ inædificata fuerit domus. Dn. D. Harppr. *d. l. n. 23. & ſeqq.*

Hoc enim in caſu, meliorare potius, quàm adimere legatum teſtatorem voluiſſe, probabile eſt.

CINNUS

Illuſtrium Quaſtionum, deſumptarum ex libr. XXXV. & XXXVI. Pandectarum.

1. An aliquando filius detrahat duas quartas?

QUod jure civili ſuus hæres, fideicommiſſo etiam conditionali gravatus, unam tantùm detrahat quartam: multis probare

bare nituntur, Vaudus *lib.2.q.23.* Cujac. *lib.8. obſ. cap.3.* Hotom. *quaſt. Illuſtr. cap.35.* Minorem dubitationem hæc res ſecundum jus Canonicum habet, *per c. Rainutius. & c. Reinaldus. extr. d. teſtam.* Noviſſimè autem Andr. Fachin. *lib. 5. controv. cap. 2.* pluribus defendit, filium fideicommiſſo gravatum, detrahere poſſe dimidiam hæreditatis, & ſic tam legitimam quàm Trebellianicam: nullo diſcrimine adhibito, utrum purè vel ſub conditione reſtituere ſit rogatus; nulla etiam inter jus Canonicum & civile differentiâ conſtitutâ.

In praxi verò ea quæ communiter adhibetur diſtinctio, inter conditionale & purum fideicommiſſum, obſervatur. Gail. *lib.2. obſ.121. ibique Gravam.*

Ac certè quia Imperator Juſtin. *in Nov. de reſtitutionibus & ea qua parit. & c.39. §. quamobrem* legitimam filiorum ab onere reſtitutionis eximit, ac itidem in correcta relinquit ea jure a, quæ fideicommiſſo gravatis, Trebellianicam attribuunt, *§ ſed quia. 5. & §. nihil. autem intereſt. 8. Inſt. de fideicom. hæredit.* Non improbabilis ſententia Fachinæi, videri poſſet. Qui idem *cap. 3.* detractioni Trebellianicæ locum eſſe dicit; cùm Trebellianica eſt ſemis. Cùm etiam ad hanc ſpeciem (in qua nempe legitimæ ratione detrahitur ſemis) ſupradicta ratio quadret. Ac pro detractione duarum quartarum, gnaviter etiam pugnat Johan. Bolognet. *ad rubr. ff. ad leg. falcid. num. 71. & ſeqq.*

11. De Falcidia & Trebellianica.

FAlcidiam non ſolùm detrahi à legatis, ſed & à donatione cauſa mortis, etiamſi ea extra teſtamentum vel codicillum fiat, contra Covarruv. probat Molina. *tr. 2. diſput. 213. num. 7* ubi hoc *num. ſeq.* etiam ad alias donationes extendit, quæ non niſi morte donantis confirmantur. Qui idem *num. 10. & ſeqq.* multos caſus refert, in quibus Falcidia ceſſat.

Et quidem in militis teſtamento, legata abſque Falcidiæ detractione ſolvenda ſunt. *l. in teſtamento. 7. C. ad l. falcid.* Quod tamen mirum videri poſſit, cùm in gratiam Teſtatorum, lex illa introducta cenſeatur. Mynſing. *ad. pr. Inſtit. ad l. Falcid.* Sed hoc non placet Franciſc. Huſmanno, *in paradox. ad l. Falcid. paradox. 2.* qui ſolius hæredis, non verò teſtantis gratiâ, introductam illam legem cenſet. Ac etiam Br. *in Nov. d. hæredibus & Falcid. §. ult.*

ſub-

Digitized by Google

ſublatum eſſe hoc militare privilegium putat. Quod non probabile videtur. Illuſtr. Enenck. *d. privileg. milit. lib. 2. privil. 16.*

Magis etiam eſt, naturaliter heredem ad legata integra, ſive ultra dodrantem præſtanda, non teneri: & ideò ſoluta per errorem, condictione repetere ea poteſt. Duaren. *ad L. Falcid. c. 4.* Diſſentit Joh. Robert. *1. ſent. c. 7.* Quando enim lex civilis actui obſiſtit, ne naturalis quidem obligatio oriri ſolet. *l. cùm lex. 46. ff. de fideiuſſoribus. l. ſi non ſortem. 26. in pr. de condict. indebit.*

Sed tamen certum eſt, honeſtum eſſe heredi, legata integra ſolvere, ſi velit pleniorem fidem præſtare defuncto, laudanduſque eſt eo nomine heres: atque ideò *in l. 1. C. ad L. Falcid.* ſic dicitur, non videri plus debito ſolutum eſſe, ſi ſciens prudens ſolverit, omiſſa Falcidia; quaſi pleniorem fidem defuncto exhibiturus. Et etiam hodie adhuc detrahitur Falcidia, jure vendicationis. *l. lineam. 26. ff. l. pen. C. ad L. Falcid.* vid. Cujac. *lib. 8. obſ. cap. 2.* & Anton. Fabr. *lib. 6. conjectur. cap. 1. & 3.*

Et tandem deductio Trebellianicæ quartæ, fieri debet ex tota hereditate, non verò ex eo, quod ſupereſt deductis legatis, tam in puro, quàm conditionali fideicommiſſo, ut benè probat Fachin. *lib. 5. cap. 8.*

3. *De Falcidia & Trebellianica prohibitione.*

Falcidia, non verò Trebellianica prohiberi poteſt. Vaudus *lib. 2. quæſt. 17.* Franc. Sarmient. *lib. 2. ſelect. interpr. cap. 7.* Fachin. *lib. 5. cap. 4.*

Quodque Falcidia prohiberi poſſit, textus eſt *in Nov. de heredibus & Falcid. §. ſi verò expreſſè.*

Et quamvis inficiari nemo poſſit, quin magna ſit Falcidiæ & Trebellianicæ affinitas & ſimilitudo: ſed tamen, non ſi in uno ſimili corrigatur jus antiquum, ſtatim etiam in alio correctum cenſetur: ut notari ſolet *in Auth. quas rationes. C. de ſacroſ. Eccleſ.* Ac inſuper rationem differentiæ, quæ hac in parte inter Falcidiam ac Trebellianicam eſt, explicat *d. l.* Fachinæus.

Et adhuc minus ergo, Trebellianica prohiberi poteſt filiis primi gradus. Fachin. *lib. 5. controv. cap 5.* ubi hancce opinionem, magis communem eſſe dicit; quod & fateri cogitur Peguera *deciſ. 107. n. 1.* Licet Audientiam Regiam in Cathalonia, affirmativam ſequi dicat. Et quoque *num. 4. & ſeqq.* addit, non

t neceſſe

Digitized by Google

neceſſe videri, ut illa prohibitio fiat verbis expreſſis: ſed ſufficere generalia & æquipollentia verba, aut conjecturas idem inferentes. Qua de re videri poteſt Mantica. *de conjecturis ult. volunt. lib. 7. cap. 12. num. 13. &c.*

Sed poſito, Trebellianicæ detractionem prohiberi, illamque prohibitionem ex conjecturis quoque colligi poſſe: non tamen hoc cenſuiſſe videri Teſtatorem, ſi is prohibet alienationem bonorum, docet Fachin. *lib. 5. cap. 6.* ibi tamen illorum ſententiæ accedit, qui docuerunt, ita demum ex prohibitione alienationis, prohibitam hanc detractionem videri; ſi de re particulari prohibita alienari, agatur: quoniam ex aliis bonis detrahi poterit Trebellianica. Quo de caſu etiam capiendus eſt text. *in Nov. ut ſponſalitia largitas ſit contracta, &c. §. ult.*

Et porrò non eandem prohibitionem inferri exinde, ſi quis eâ inſtituatur conditione, daß das Gut fort und fort bey dem Stammen bleiben ſolle/ prout decidit Andr. Schæffer. *lib. 3. qu. 3.*

C I N N U S

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex Libr. XXVII. XXVIII. XXXIX. & XL. Pandectarum.

1. *De bonorum poſſeſſionibus.*

Bonorum poſſeſſio, ſignificat jus prætorium in ſuccedendo: ſicut per hereditatis aditionem jus civile. Et hi, qui ſic olim petebant ſibi hereditatem decerni, dicebantur agnoſcere bonorum poſſeſſionem jure prætorio: ſicut dicimus adire hereditatem jure civili. Et tum interpoſito decreto, bonorum poſſeſſores appellabantur: quemadmodum heredes vocamus, ſucceſſores juris civilis: ut ſic oſtenderetur differentia, inter prætoriam & legitimam autoritatem. Nam cùm prætor heredem ipſo jure facere non poſſit (quippe ea poteſtas ſupremæ legum autoritati eſt reſervata) viſum fuit bonorum poſſeſſionem dari, cujus vi concederetur eis à prætore jus ſuccedendi. *l. 1. & l. 2. Inſtit. de bonor. poſſeſſ. in pr. & §. 1.*

Cauſa autem introducendi bonorum poſſeſſionem, fuit: ut jus civile percipiendarum hereditatum, anguſtiſſimis finibus per legem XII. tab. conſtitutum, Prætor ex æquo & bono dilataret: ſcili-

ſcil. hoc agens, ne quis ſine ſucceſſore moreretur, ſed ut ſaltem heredis loco, eſſet bonorum poſſeſſor. *pr. adhuc autem. v. Inſt. d. t. §. 1. Inſt quib. ex cauſ. manum. non lic. l. & quia. 6. ff. de interrog. in iur. fac.*

Curioſè autem diſputatur, *utrum haecce bonorum poſſeſſio prætoria, & conſequenter bonorum poſſeſſoria hereditatis petitio, hodie neceſſario habeat locum?* Et licet communior ſententia ſit, competere quidem iſtam perſecutionem volentibus, ſed neceſſariam non eſſe: cùm ſufficiat petitio hereditatis civilis. Notandum tamen eſt, quod Oldendorp. *claſſ. 5. act. 6.* ſcribit: Vetus bonorum poſſeſſionis ſolennitas, veluti plus æquo ſcrupuloſa, meritò ſublata eſt, ſicut intelligi oportet. *§ fin. Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* Verùm ſimplex quædam imitatio, ut hæres ſeſe magiſtratui inſinuet, petatque auxilium in his, quæ illi fortè, ne ad hereditatem apprehendendam perveniat, de facto obſtant; ea profectò honeſta eſt, utilis & neceſſaria: ideoque frequens admodum. Et ideò multò ſanior eſt Bartoli, poſt Accurſium ſententia: qui definit bonorum poſſeſſionem, filio neceſſariam eſſe in multis caſibus, tam ſecundùm tabulas, quàm contra tabulas emancipato. Eodem modo & bonorum poſſeſſionem, unde vir & uxor, utilem eſſe, nemo dubitat. *l. 1. Cod. unde vir. & uxor.* Conſentit Michael Graſſ. § *bonorum poſſeſſio. quæſt. 5.* & Arumæ. *diſput. ad ll. præcip. 19. theſ 4.* Videri etiam poteſt Bolognet. *ad tit. C. qui admitti ad bonor. poſſeſſ.*

Sed tamen bonorum poſſeſſio, hodie decretum haud requirit. Graſſ. *d. l. quæſt. 6. num. 2.* Fachinæ. *lib. 5. cap. 74.* Arumæ. *d. diſp. 19 theſ 3.*

Olim enim bonorum poſſeſſio peti non poterat, niſi apud eum magiſtratum, qui mixtum imperium, & ita decreti interponendi jus habebat. *l. 3. de iuriſdict.* Verùm ex *l. fin. C. qui admitti ad bonorum poſſeſſ.* conſtat, etiam apud Duum-viros, & quoslibet judices, petitionem miſſionis fieri poſſe; qui tamen decreti interponendi jus non habent, neque ea quæ ſunt mixti imperii. *l. 26. §. 1. ad Municipal* Et per conſequens nullum hìc requiritur decretum; unde *d. l. fin.* contenta eſt qualicunque teſtatione amplectendæ hereditatis. Ergo non decretum requirit: quia decernere eſt cognitionaliter ſtatuere. *l. 1. de conſt. pr. l. pen. d. offic. prætor. l. 3 in fin ff. quod quiſque iur.*

Et conſtat etiam *ex §. fin. Inſtit. de bonorum poſſeſſ.* ſufficere

Digitized by Google

ad plenum illud beneficium conſequendum, ſolùm animi judícium cum admittentis.

Nec itidem bonorum poſſeſſio, alia edictalis, alia decretalis exiſtit: qua de re vide Arum. *d. diſput. theſ. 1.* Donell. *lib. 7. comment. cap. 14.* Fachin. *lib. 5 contr. cap. 73.*

Una enim eſt bonorum poſſeſſio; interdum ex accidenti varians, & eodem modo defertur: ſi enim cauſa non habeat controverſiam, rectè ex edictô quis in poſſeſſionem mittitur Si verò controverſia oriatur, ut quia adverſarius petenti non decernendam poſſeſſionem contendit; tum ex decreto miſſione opus erit. *l. 2. §. dies. 1. quis ord. in bonor. poſſ. l. filium. 5. §. ſi. quis contra. 3. de legat. præſtand. l. 1. §. nepos. 2. ff. ſi quis à par. fuer. l. 1. §. ſi ea. 14. ff. de vent. in poſſ. mit.*

2. *De collatione bonorum.*

Regula communiter recepta eſt, deſcendentes ſolummodò, quoties de aſcendentis alicujus ſucceſſione agitur, inter ſe conferre. Brunner *d. collat. bonor. cap. 3. num. 128.* Et certè collatio, non alia actione vel æquitate, quàm ſingulari ſuorum hæredum commodo, & ſic in gratiam duntaxat deſcendentium; primitùs à Prætore inſtituta fuit. *l. 1. in pr. tot. tit. ff. de. collat.* Cujus cauſa finalis, ad aſcendentes non pertingit. Et cùm miſeratione potiùs quàm jure, parentibus liberorum hæreditas debeatur: *l. ſcripto. 7. in fin. ff. ſi. tabula teſtam. nullæ. l. an etſi. 15. ff. d. inoff. teſtam.* Non ideò tam exquiſita æqualitas, in diviſione iſtius hæreditatis requiritur. Brunner. *d. l.* Arum *diſp. 19. theſ. 5.*

Quæ deciſio notanda eſt, in jure noſtro municipali Wurtembergico, ubi ſoluto matrimonio, liberi cum ſuperſtite conjuge, in bonis defuncti ſuccedunt. Si ergò conſtante matrimonio, ex liberis communibus aliqui fuerint dotati; tunc alterutro conjugum defuncto, dos illorum non venit in collationem diviſionis, quæ inter viduum & liberos eſt inſtituenda: ſed tum demum, cùm liberi inter ſe dividunt ea bona, quæ ipſis in diviſione primâ obvenerunt.

Sed porrò & hoc eſt notandum, quòd dotatio ſit officium commune parentum, & dos æqualiter à parentibus proficiſci, noſtris moribus videatur. Dimidia E. ſolummodò pars dotis acceptæ, conferenda eſt in diviſione bonorum inter liberos, primò de-

defuncti parentis: altera dimidia, tum demum conferri debet; quando alter parens itidem decedit, ejuſque bona inter liberos dividuntur.

Porro ſimplex donatio, quæ ita dicitur reſpectu donationis inter nuptias, dotis, &c. ab emancipato non eſt conferenda: *l. filiæ, 18. C. famil. herciſc. l. illud in fin. Cod. d. collat.* Arumæ. *d. diſp. 19. theſ. 6.* & idem *lib. 2. deciſ. 8.* ſive illa donatio facta ſit in poteſtate conſtituto, & paſſus fuerit res donatas penes eum manere; quæ ſpecies eſt *d. l. filiæ, 18. l. 31. §. 2. d. donat.* Sive jam emancipato: hoc enim in caſu, quia donatio firma eſt, non magis quàm quivis alius extraneus, ad collationem urgebitur. *d. l. illud. in fin. C. h. t.*

Sed de omnivariis quæſtionibus, ad hanc materiam ſpectantibus, videri poteſt Brunner. *tractatu de hac re ſingulari.* Joh. Bolognet. *ad tit. C. de collat.* & Molina. *d. juſtit. & jure, tr. 2. diſp. 237. &c.*

3. *De operis ruſticorum, ſive libertinorum modernorum.*

RUſtici, qui obligati ſunt ad colendum certum diſtrictum, non tenentur excolere agros poſt, ſive de novo à Domino quæſitos. vide Schæffer. *lib. 3. quæſt. 44.* Wann die Vnderthonen der Herrſchafft Güter/ im Frohn zu bawen ſchuldig/ iſt ſolches allein von ſelbigen Gütern zu verſtehen/ welche die Herrſchafft von alters ingehabt/ und gar nicht von denen/ ſo die Oberkeit ererſt den Vnderthonen aberkaufft.

Dum enim ſervitus ejuſmodi conſtituta fuit, præſumitur habitum fuiſſe reſpectum ad numerum perſonarum, & agrorum. Iniquiſſimum autem eſt, ut diminuto ſubditorum numero, iiſve depauperatis (quod fit ſi domini ſubditorum agros coëmant) onera multiplicentur.

Nec obſtat. *l. ſi ſervitus. 23. §. 1. ff. d. ſervit. præd. urban.* quia ibi manifeſta eſt ratio diverſitatis.

Si verò ruſtici ſint obligati, ad arandum quotannis tres petias terræ (drey art Acker) pro injiciendo ac ſeminando hordeo; eaſdem tamen arare coguntur, ſi dominus fundi, non hordeum ſed avenam injicere velit. Schæffer. *d. lib. 8. quæſt. 37.* Ac etiam hoc in caſu, ruſtici obligati manent, licet per triginta annos, non coluerint niſi petias duas. Idem *lib. 3. quæſt. 45.*

4. *De gradibus affinitatis.*

Affines per ſe, & ratione affinitatis in nullo ſunt gradu, prout cognati. *l. 4. §. gradus. 5. ff. d. gradibus.* Generatio enim efficit gradus, & affinitas per nuptias fit, non per generationem.

Sed tamen cùm maritus & uxor, quaſi una fiant caro: ad exemplum cognationis, uxoris cognati cùm marito, aliquo modo in gradibus collocantur. *l. ult. in princip. ff. d. tit.* Paci. *cent. 6. èvavl. quaſt. 71.*

5. *De ſucceſsione liberorum naturalium, in bonis patris.*

A Juſtiniano ſatis apertè conſtitutum eſt, naturalibus liberis, ſi legitimi non extent, duas è bonis paternis uncias ab inteſtato deberi. *Nov de trient & ſemis. § conſideremus. verſ. nunc enim. Conſtit. 18 & Novell. quibus mod. natur. effic. ſui. §. diſcretis. verſ. ſi quis autem defunctus. Conſtit 89. Auth. licet. C. de natural. liber* non tamen quoſvis, ſed eos tantùm, qui ex concubina in patria domo geniti ſunt, liberos ad hujuſmodi ſucceſſionem, eædem conſtitutiones admittunt.

Quod earundem de muliere libera, in habitu ſeu ſchemate concubinæ, domi cum patre degente, & indubitato concubinali affectu ei ſociata, per taxativas etiam voces diſertè poſita verba demonſtrant.

Spuriis ergò, & ex furtivo coitu natis, haud debetur ſexta pars bonorum paternorum. Pfeil. *conſ. 111.*

6. *De vinculi duplicitate.*

Jus feudale, vinculi duplicitatem non curat: quamvis de jure civili, frater utrinque conjunctus, præferatur fratri ex uno latere tantùm, *per iura vulgo vulgata.*

In feudis ergo, ſola habetur conſideratio agnationis, prout communiter receptum teſtatur. Weſemb. *conſ. 82. circa fin. lib. 2.* Conſentit Schrader. *conſ. 3* Daſſel. *conſ. 25.* Pfeil. *conſ. 68.*

Idque locum quoque habet in ſucceſſione illorum bonorum, in quibus ſola agnatio conſideratur. Schrader. *d. l. num. 138. & ſeq. & num. 282.*

Quin & jus civile, ultra fratres fratrumque filios, vinculi dupli-

duplicitatem non attendit; nec etiam bonorum diſcrimen facit, ex qua linea illa provenerint: ſed omninò indifferenter, gradu proximior, remotiorem excludit, & pares in gradu ſi plures concurrant, in capita ſuccedunt. *Auth. ceſſante. & Auth. poſt fratres. C. d. legit. hæredibus.* Conſil. Altorff. 8. Schrader. *conſ. 18.* Patruus ergo excludit fratrem patruelem. Parlador. *2. rer. quotid. cap. 15.* Sed tamen, patruum omninò excludit avus maternus. Teſſaur. *deciſ. 5.* Quamvis enim tam avus maternus, quàm patruus, cum defuncto in pari gradu ſint cognati: nunquam tamen linea collateralis, aſcendentem excludit; & ſolùm hæ duæ lineæ concurrunt, quando quæſtio eſt de fraterna, & reſpectivè deſcendentis hæreditate.

7. *De jure repræſentationis.*

JUs repræſentationis, fratrum filios non excedit. *Novell. 118. §. ſi igitur defunctus.* Pfeil. *conſ. 117.* Duorum ergo vel plurium fratrum filii, ſi ſoli ſint, in capita ſuccedunt. Donell. *9. comment. cap. 4.* Hotom. *quæſt illuſtr. 14.* Theſaurus. *deciſ. 162.* Fachin. *2. c. 3.* Diſſentit Anton. Faber. *diſp. hac de quæſt. ſingulari, junctâ tractatui ejuſdem, de variis numerariorum debitor. ſolutionibus.* Qua in quæſtione, nobis minus curandæ ſunt Fabrianæ ſubtilitates; cum deciſione ſingulari, Receſſibus Imperialibus inſertâ, noſtra ſententia approbata ſit expreſſè. Et quidem inprimis hoc non eſt omittendum, quòd jus repræſentationis, ſolummodò concernat hereditates collaterales: nunquam verò locum habeat in aſcendentium ſucceſſione Nepotes ergo, ſive ſoli reperiantur, ſive cum liberis primi gradus concurrant; ſemper jure repræſentationis, aſcendentibus in ſtirpes ſuccedunt: etiamſi vigore ſtatuti vel fideicommiſſi, proximiori hereditas deferatur. *l. cùm avus. 102. ff. d. condit. & demonſtr. ubi Dd. l. ut liberis. 17. l. illud. 20. C. de collationib. Auth. in ſucceſſione. C. de ſuis & legitimis.* Forſter. *de ſucceſſionibus ab inteſt. lib. 4. cap. 13. & duobus ſeqq.* Sed tamen jus Saxon. diſſentire dicit Pfeil. *conſ. 109.*

Et quidem hoc in caſu, porrigitur jus repræſentationis in infinitum. Hackel. *illuſtr. 18. theſ. 3.*

Ratio autem, cur jus repræſentationis aliter in aſcendentis, aliter in collateralium ſucceſſione conſideretur, hæc eſt: quòd filius etiam vivente patre, ſpe infallibili heres exiſtit bonorum pater-

paternorum, eaque ad illum ſaltem quoad legitimam, neceſſariò pervenire debent. Hanc ergo ſpem radicatam, quilibet filiorum ante patrem decedens, pro ſua rata ad poſteros tranſmittit.

8. *Quomodo intelligendum ſit vulgatum illud: Materna maternis, paterna paternis?*

QUando quæſtio eſt de hæreditate defuncti, qui neque parentes, nec etiam fratrem germanum (hoc eſt, ab utroque latere conjunctum) aut liberos germani fratris; ſed ſolùm uterinos & conſanguineos relinquit: tunc fratres conſanguinei, in bonis paternis; uterini in bonis maternis, in reliquis aliundè quæſitis æqualiter ſuccedunt. Cujac. *ad Novell. 84.* Donell. *com. lib. 9. c. 4.* Val. Forſter. *de ſucceſſ. lib. 8. cap. 8. num. 2. & 4.* Pfeil. *conſ. 116.* ac vide contraria hac de quæſtione reſponſa, in Conſil. Altorff. *16. & ſeqq.* Idque per text. expreſſ. *in l. de emancipatis. 13. verſ. except. C. d. legit. hæredib.* Qui nullibi diſertè correctus invenitur.

Attamen Weſembeccius, *in additionib. ad Schneidevv.* hance bonorum ſeparationem, non ampliùs uſu obſervari atteſtatur. Quod & facit vir quondam Ampliſſ. Dn. Nicol. Varenbülerus, Præceptor olim meus venerandus, *in d. Conſ. Altorf. 16.* Eandem ſeparationem ignorant quoque Würtembergici mores.

9. *An filius feudum antiquum retinere, ab allodiali verò paterna hæreditate abſtinere queat?*

FIlius, allodii hæreditate oneroſa repudiatâ, feudum retinere nequit: etiamſi id antiquum, & ex pacto ac providentia foret. Hartman. Piſtor. *lib. 2. quæſt. 2.* ubi omninò videndæ ſunt Additt. Simon. Ulrici Piſtoris. Trentacinquius *lib. 3. reſolut. tit. de feudis, reſolut. 2.* Fachin. *lib. 7. controv. cap. 5.* Vultej. *de feudis. lib. 1. c. 9. num. 237. & ſeqq.* Idque per textum expreſſum, *in cap. 1. an agnatus vel filius, &c*

Et certè textus hic, minimè de feudo hæreditario eſt intelligendus: ridiculè enim aliàs inter agnatum & filium diſtingueretur. Nam & agnatus in feudo hæreditario aliter non ſuccedit, niſi ſimul ratione allodii ſit hæres.

At verò in praxi, contraria ſententia obſervatur: & filius quoque feudum antiquum ex pacto retinere poteſt, quamvis abſtineat ab hæreditate paterna.

10. *De*

Digitized by Google

10. *De Conjugum ſucceſsione.*

DE jure civili, uxor & maritus ſibi invicem non ſuccedunt, niſi deficiente omni propinquorum ſive cognatorum naturali & legitima ſucceſſione. Tunc enim cùm hæreditas aliàs ad fiſcum transferretur: *l. vacantia. 4. C. d. bonis vacant.* ſuperſtes conjunx fiſcum excludit, jureque ſucceſſionis gaudet. *l. unic. C. unde vir. & uxor.* Pfeil. *conſ. 127.*

Plerorumque verò locorum ſtatutis, uxor marito, & maritus uxori, in totum vel pro parte ſuccedit: & inprimis acquiſitorum capit partem. Roſacorb. *quæſt. 71.* quæ aliàs de jure Juſtinianeo, omninò uxori denegantur, ubi præſumptio juris ſemper militat pro marito, quod de ejus pecuniâ acquiſitio ſit facta. *l. Quint⁹. 51 ff. d. don. inter vir. & uxor. & l. etiam. 6. C. eod. tit. ubi omnes Dd.* Et omnia quæ ab uxore proveniunt, exceptis dotalitiis, niſi probentur, unde, à quo, vel quomodo habuerit, non ad ipſam uxorem, ſed ad maritum pertinent, quoniam ſcilicet ex mariti bonis quæſita præſumuntur, *ll. iam dictis*, & declarat benè Bald. *in l. cùm oportet. C. de bonis, quæ liber.* Meichſner. *tom. 3. deciſ. 25. num. 8. & ſeq.*

Illa inſuper conſuetudo, quòd conjuges ſibi invicem ſuccedant, probanda omninò eſt, Meichſner. *d. l. ſub num. 12.*

Apud nobiles quoque Suevicæ, viget adhuc hac in parte jus civile, niſi aliud pacto dotali introductum conſpiciatur.

Sed *in caſu ſtatuti vel conſuetudinis, vigore cuius ſuperſtes conjux certam bonorum prædefuncti capit partem: anne ea portio, teſtamentis adimi vel minui poſſit?* diſquirit Roſacorb. *prædicto loco.* Et extat quoque ea de quæſtione Conſilium à me confectum. *part. 2. conſ. 56.*

Conjunx verò conjugi non ſuccedit, ſi deſerat peſte laborantem: Rauchbar. *quæſt. 20. lib. 2.* ut &, ſi eum, caſu quoque mero occidat. Ego *decad. 1. conſil. 1.* Johan. Bapt. Cæſar. *conſ. var. part. 1. quæſt. 82.*

Et tandem, maritus uxori ex ſtatuto ſuccedens, vel certam partem dotis lucrans, eam ſi promiſſa fuerit, capit: licet planè non, vel non integra fuerit ſoluta. Daſſel. *conſ. 48.* Et dixi hac de re Ego, *ſupra ad lib. 23. ff. quæſt. 10.*

Digitized by Google

11. An Hoſpitale, hoſpitalariis pauperibus ſuccedat?

EVenit interdum, ut in hoſpitalibus degentibus, optimæ obveniant hæreditates: quæritnr ergo, *An ad hoſpitale ejuſmodi hæreditas pertineat*; quemadmodum pertinet ad Monaſterium hæreditas, quæ ad Monachum ſpectat: ſi modò Monaſterium illud capax ſit bonorum in communi poſſidendorum.

Et quidem hoſpitalariis, hoc eſt, den Pfründern/ licet gratis fuerint ſuſcepti (wann man ihnen gleich um Gottes willen ein arme Pfründ gegeben) non ſuccedere hoſpitale, magis mihi probabile videtur. Aliud enim eſt Monachus, aliud ein Pfründner. Multorum verò locorum hoſpitalia, contrariam conſuetudinem, vel etiam ſtatutum, aut pacta jactant: quæ in favorem piarum cauſarum (licet per ea libera teſtandi facultas adimatur) valida eſſe decidit Meichſner. *tom. 3. deciſ. 26* agens de tali generali Ordinatione, ſeu ſtatuto hoſpitalis, daß alle und jede Mann und Weibs-Perſonen / ſo von den Spital-Pflegern in den Spital eingenommen und verordnet werden/ hinfüro all ihr Vermögen an Haab und Gütern / dem Spitalmeiſter / bey guten Trewen und Glauben anzuzeigen ſchuldig ſeyn: deßgleichen was ihnen in Zeit ihres Lebens / oder nach ihrem Abſterben/ durch Erb oder in andere Weg zuſtunde/ dem Spital ohne Mittel folgen und bleiben ſolle: Talemque Ordinationem firmam eſſe ſtatuit.

LIBER XXXIX. & XL.

1. De operis novi nunciatione.

IMpunè ſperni nunciatio novi operis poteſt; ſi notorium ſit, nunciatorem jus nunciandi non habere: *l. 20. §. 1. de oper. nov. nunciat.* vel ſi nunciatio eſſet nulla. *l. 1. §. 1. l. 2. l. 5. §. 11. & ſeq. dict. tit* vid. tamen Cujac. *lib. 9. obſ. cap. 17.* Et quòd impunè nunciatus ſpernere nunciationem poſſit, quando de non jure nunciatoris notoriè apparet, communis opinio eſt: quam Gail. *lib. 1. obſ. 16. num. 4.* aliique à Grævæo, *lib. 1. concluſ. 16. num. 11.* adducti, probant. Et alios etiam caſus *ibid. per diſcurſ.* Grævæus refert, in quibus effectus nunciationis ceſſat.

Sic

Digitized by Google

Sic & vetus ædificium reficienti, opus novum nunciari nequit: niſi per refectionem, nova rei facies, inducatur. Duaren. *d. oper. nov. nunciat. cap. 2.* Non enim ibi eſt novitas, reſpectu vicini. Græværus. *d. l. num. 12.* ubi tamen hoc locum ſibi non vendicare ait, quando ædificium jam ante funditus fuiſſet collapſum.

Aliàs nunciatus de novo opere, regulariter ab opere ſuperſedere debet, uſque ad interdicti remiſſionem: etiamſi aliàs in ſuo liceat ædificare, quamvis vicino noceatur. Magon. *deciſ. Lucenſ. 29.* licet item jure novum opus fiat. *l. 1. in pr. l. prætor. att. 20. §. interdictum. §. ait prætor. ff. c. 1. extr. de novi oper. nunciat.*

Et quamvis etiam nuntians de ſuo jure non probaſſet. Fachin. *lib. 8. cap. 44.*

Porro autem, ædificans ſpretâ novâ operis denunciatione, ſi deinde cum adverſario, litem conteſtetur, ſcilicet an liceret ædificare vel non? ante omnia ædificium demolire debet, priuſquam de ipſo negotio principali, ſeu jure ædificandi cognoſcatur. contra Jaſ. *ad l. 1. num. 13 in 4. limit. ff. h. tit.* Menoch. *d. recuper. poſſeſſor. remed. 17. num. 37.* quem ſequitur Fachin. *lib. 8. controv. cap. 45.*

Inhibitio autem novi operis, cautione idonea vel facta vel oblata, perempta exiſtimatur. *l. prætor ait. 20. §. 1. & §. ſi quis. l. ſtipulatio. 21. ff. hic.* Quod tamen non obtinet, quando nunciator replicando offerret, probationem ſui juris intra trium menſium ſpatium, ſe perfecturum: hac enim oblatione facta, videtur nunciato, non obſtante cautione ab ipſo de opere, ſi non jure ædificatum extiterit, demoliendo, oblata, intra trimeſtre hoc tempus, in ædificando pergendum neutiquam eſſe. *l. unic. C. & c. fin. extr. hic.* Græværæ. *d. num. 18. & ſeqq.*

Tandem & hoc non eſt omittendum, per nunciationem conſtitui adverſarium in quaſi poſſeſſione illius juris, quod prætendit. *l. 1. §. in opere. ff. hic.*

Quod tamen limitat *ibi Gloſſ.* ſi verbis ſolùm fiat nuntiatio, ſecus ſi fiat per Prætorem vel jactum lapilli: quia tum non eum facimus poſſeſſorem, *per l. de pupillo. §. meminiſſe. eod. tit.* Roſacorb. *cap. 96.* Et vide Johan. Bolognet. *ad tit. d. oper. novi nunciat. in ff.* multa circa hanc materiam congerentem.

Digitized by Google

2. De donationibus.

DOnatio non bonæ fidei, ſed ſtricti juris eſt. *l. eum qui. 22. ff. d. donation.* Nec obſtare. *l. Seia. 42. in pr. ff. de mortis cauſ. donat.* ſatis probat Paci. *cent. 6. quæſt. 80.*

Porro autem donatio omnium bonorum, valida eſſe putatur. *l. 35. §. 4. Cod. d. donat.* Fontanella. *d. pactis nuptial. tom. 1. fol. 520. & multis ſequentib.* Vaudus, *lib. 1. quæſt. 31.* Coraſ. *lib. 6. miſcellan. cap. 17.*

Futura tamen bona, per generalem donationem transferri non poſſe putantur. Eſt enim contra bonos mores, ac quoque impedit teſtandi facultatem: taliſque donans, vix ſanæ mentis eſſe cenſetur. Nec refragatur *l. 3. C. d. donat.* quæ loquitur de particularis actionis donatione: ut & *l. fin. C. quæ res pignori.* de generali obligatione; non per donationem facta translatione, intelligi debet.

Et non valet donatio omnium bonorum, præſentium & futurorum, quamvis modicum aliquid retineatur. Vide Peguer. *deciſ. 135. & ſeq.* ut & *deciſ. 140.* Eſt enim reſervatio alicujus modici captioſa, & in fraudem legum. Eſt & quandoque ejuſmodi donatio omnium bonorum ſimulata, & conſequenter nulla. Peguera. *deciſ. 151.*

Quòdque donatio omnium bonorum, tam præſentium quàm futurorum, de jure non valeat, probat etiam Daſſel. *conſ. 6.* qui idem *conſ. 16.* diſquirit, *in generali donatione omnium bonorum uxori facta, an & quando veniant nomina debitorum?* Quod & facit Pfeil. *conſ. 26.* Donatio tamen omnium bonorum, præſentium & futurorum, mobilium & immobilium, valet, ſi modò jurium & actionum mentio non fiat. Peguer. *deciſ. 141.* Jura enim, pro tertia bonorum ſpecie habentur.

Et quamvis donatarius omnium bonorum, actionibus perſonalibus compelli non poſſit, ad debita donatoris ſolvenda; ac ſi ipſius hæres eſſet: fieri tamen hoc poteſt in caſu, ubi donans non eſt ſolvendo, vel non haberet hæredem. Peguer. *deciſ. 121.*

Tandem etiam donatio alicui facta, ob donatarii ingratitudinem, putà ſi injecit manus violentas in donatorem, revocari poteſt. *l. fin. C. d. revocand. donat.* Peguer. *deciſ. 134.* ubi hoc extendit etiam ad donationem juratam.

3. De

3. *De mortis causâ donationibus.*

Filiusfamiliás conſenſu patris, mortis causâ donare, non verò teſtari poteſt. *l. 7. §. 4. de donationibus. l. 6. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Et quidem ratio diverſitatis in eo conſiſtit, quia filiusfamil. nihil quidem habet, quod donare poſſit, niſi id pater permittat: at verò teſtamenti factio juris publici eſt, quod pater ſuâ conceſſione evertere nequit. Arum. *diſp. ad ll. præcip. 19. th. 12.*

Regulariter autem donatio mortis reputatur, in qua mentio fit mortis, & quæ in tempus mortis confertur. Clar. §. *donatio. quæſt. 4. verſ. cæterum.*

Donatio etiam cansâ mortis, ex conjecturis variiſque argumentis cognoſcitur. Magon. *deciſ. 87.*

Attamen, cùm mortis vocabulum, non principali & donationis ſubſtantifico verbo cuipiam, ſed executivis demum verbis adjectum ſit, itaque non per modum cauſæ finalis, aut occaſionis, ſed in dilationis modum, taxationiſque temporis ad executionẽ deſignati, mortis mentio fiat; utique jam non mortis causâ, ſed magis inter vivos facta donatio exiſtimatur: cujus tamen in tempus mortis collatus ſit effectus, ſecundùm ea, quæ docuit Pfeil. *conſil. 115.*

Donatio etiam mortis, per procuratorem fieri nequit: ſecus ac putavit Rauchbar. *lib. 2. q. 16.* Magis enim ad naturam ultimæ voluntatis, quàm contractum accedit, cùm nempe retractari poſſit, & quinque teſtium præſentiam requirat. Tralatitium autem eſt, ultimas voluntates, reſpuere procuratorem.

4. *De Jure aureorum annulorum.*

II, qui jus aureorum annulorum impetrârunt, pro ingenuis habentur, & jura ingenuitatis conſequuntur. *l. pen. & ult. ff. de iure aur. annul.* Paci. *cent. 6. q. 86.* Natalium autem reſtitutio verè ingenuos facit. *l. 2. C. de iure aur. annul.* ubi pro libertinitatis, *libertatis, vel libertinis*, eſt legendum.

Sanè ſervitus non eſt ex natura, ſed ex facto hominis, ſeu gentium jure: contrariâ itaque lege tolli, & ad jus primævum rediri poteſt.

Et quòd dicitur, jure aureorum annulorum fruentes, habere ingenuitatis jura; intelligendum eſt, ſine præjudicio patronî.

Digitized by Google

Quamvis ergo ingenui ſint, moriuntur tamen ut libertini. *l. unica. C. ad L. Viſellium.*

Ut & noviſſimo jure, *Nov. 78. cap. 1. & 2.* licet manumiſſi ex ipſa manumiſſione, habeant jus aureorum annulorum, & regenerationis: manet tamen jus patronatus illæſum.

5. *Dominus tenetur pharmacopolæ ſolvere medicinas, quæ pro famulis à Medicis præſcribuntur.*

DOminus enim tenetur facere expenſas famulo infirmo, maximè ſi modicæ exiſtant. Br. *l. ſi cùm dotem. §. ſi autem in faviſſimo. ff. ſoluto matrim. n. 8.* arg. *l. in rebus. §. poſſum. ff. commodati.*

Et num valor modicus vel magnus ſit, judicis arbitrio eſt relinquendum. Peguer. *deciſ. 149.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex libr. XLI. & XLII. Pandectarum.

1. *De dominio acquirendo, per commixtionem & ſpecificationem.*

VOluntas Dominorum, miſcentium materias, totum corpus efficit commune. *l. 7. §. 8. ff. d. acquir. rer. domin.*

Idemque dicendum eſt, ſi ſine voluntate Dominorum, caſu ſint confuſæ. *d. l. 7. § 9. & Inſt. de rer. diviſ. §. ſi duorum. 27.* contra Hotomannum Arumæus, *diſp. ad ll. præcipuas. 20. th 3.*

Et certè, cùm materiæ confuſæ, in priſtinam cauſam reduci non poſſint; nè alter cum alterius jactura locupletior reddatur: dominium communicari, omninò neceſſe fuit. Sed hæc intelligenda ſunt de iis, quæ non ſejunctæ qualitatis exiſtunt, ſeu quæ non ex diſcretis ſeu diſtantibus partibus conſtant. *§. quod ſi frumentum. 28. Inſt. de rer. diviſ. l. 5. §. 1. de rei vendicat.*

Frumentum ex ſpicis meis excuſſum, non fit excutientis: *§. 25. Inſtit. de rer. diviſ.* Et ibi Dn. D. Harppr. Lycl. *libr. ult. membr. cap. 3.* Qui enim frumentum ex ſpicis meis excutit, non novam ſpeciem facit, ſed potius detegit quæ erant: & ne materiam mutat quidem. Sicque in omnibus, quæ ad eandem ſpeciem reverti non poſſunt, dicendum eſt, ſi materiâ manente, ſpecies duntaxat fortè mutata ſit, me eorum dominum manere. *2. De*

2. *De errore circa cauſam traditionis.*

NAturalem dominii tranſlationem, quæ fit per traditionem, errore vel diſſenſu circa cauſam dandi vel accipiendi, haud impediri putant. *l. cùm in corpus. 36. de acquir. rer. domin.* Donell. *lib. 4. comm. cap. 18. & ibi Hillig.*

Ergò ſufficit, ſi tradens velit transferri, §. *40. Inſt. d. rer. div.* & accipiens acquirere *l. 1. in pr. &* §. *1. de acqu. poſſ.* quicunque ſit in cauſis dandi diſſenſus, modò effectu ſpectent ad dominium acquirendum. Sicque etiam capio. *l in omnib 55. de O. & A.* Nec obſtat *l. 18. in pr. de reb. credit.* ubi Ulpian. non dicit ſimpliciter, *nummos accipientis non fieri*, ſed *magis* non fieri: ubi τὸ magis, non ſtat electivè, ſed comparativè; ut ſit comparatio acquiſitionis, ex cauſa crediti, & acquiſitionis ex donatione, quarum hæc perfectior, magiſque acquiſitio eſt, quàm illa. Certè Ulpianum, rem omnem æſtimare ex opinione, animoque accipientis apparet. Er. quatenus accipientis opinio fuit, ut non haberet ſeu acquireret numos, hactenus non acquirit. Nunc autem ejus opinio fuit, non ut ſimpliciter non haberet, ſed ut non haberet tanquam donatos. Voluit numos ſuos fieri, ſibi mutari credens, & à donatario accipiens: ſed non ita voluit, ut nullâ reddendi neceſſitate obſtringatur.

Attamen Lyclam. *lib. 5. membr. eclog. 16.* probare conatur, dominium non acquiri, ſi in corpus conſentiant, in cauſa verò diſſentiant contrahentes.

3. *De alieno ſolo ſuperinædificante.*

AEdificium in ſolo alieno ædificatum, ſolo cedit. §. *ex diverſo. Inſtit. d. rer. diviſ. l. 2. C. d. rei vendicat.* Lyclama. *ult. memb. ecl. 5.* Sicq; ſcienter in loco alieno ædificans, præſumitur jactare ſuum. Peguer *deciſ. 97.* Quæ tamen intelligenda ſunt de eo caſu quando ædificans in ſolo alieno, à principio antequam ædificaret, in malâ fide fuit. Secus verò eſt, quando ædificans in ſolo alieno, fuiſſet bonæ fidei poſſeſſor: quia tunc, licet ex poſt facto efficiatur malæ fidei poſſeſſor, poterit tollere ædificium: dummodò fieri queat, abſque diſpendio domini ſoli, ut probatur ex *l. Julianus. ff. de rei vendicat.*

4. De

4. *De inundatione.*

INundatio non parit jus, quod alveus mutatus producit. *§. 24. d. ret. diviſ.* Mutatio enim alvei, ſpeciem agri mutat: inundatio non item. Itaque ſi receſſerit aqua, palàm eſt, agrum ejus eſſe & manere, cujus fuit; nec publicum reddi. Lycl. *ult. membr. ecl. 47.* Inundatio autem, quam mare facit, ſpeciem agri quoque mutat. vid. *l. 22. ff. quib. mod. uſuſf. amitt.* Atq; ita inundatio, quæ alveum mutat, ab ea quæ ſolum operit tantùm, ſeparatur.

5. *De præda.*

QUæ ab hoſtibus capiuntur, capientibus cedunt. *§. item ea. d. rer. div.* Eaque de re, dixi etiam Ego, *diſſert. d. iure belli, c. 8. num. 3. & 5.*

In legitimo juſtoque bello, quod ritè denuntiatum eſt, & finem habet, ut in pace vivatur. *l. 24. ff. d. captiv. & poſtlim. c. iuſtum. 23. quæſt. 2.* Sicque virg. *10. Aneid.*

Tum certare odiis, tum res rapuiſſe licebit.

Res autem immobiles publicantur, hoc eſt, Reipublicæ, cujus auſpiciis bellum geſtum fuit, cedunt. *l. ſi captivos. §. 1. d. iure. poſtlim.* vel invito Lycl. *membr. lib. 3. eclog.*

Sed tamen, in poteſtate bellum gerentis etiam eſt, militibus concedere publicam direptionē, vel in unum acervum redigere prædam, eamq; poſteà diſtribuere vel etiam applicare fiſco. *l. Divus. 31. ff. de iure fiſci. l. pen. ad. l. Iul. pecu. l. ſi quis. 36. §. 1. C. d. donat.*

6. *De dominio, ejusque probatione.*

DOminiū eſt jus, ferè ſemper cum uſufructu junctum: proprietas econtrà jus eſt ab uſufructu ſeparatum. *l. 4. de uſufr. ſi uſuſf. ff de iure dot.* Joh. Parlad. *rer. quot. lib. 1. c. 4* Hinc eſt, quòd uſufructu cum proprietate cōſolidato, tum plena dicitur proprietas *l. 2. ff. quib. mod. uſuſfr. amitt. l. cùm in fundo. 78. ff. d. iure dot. l. fœmina 3. C. d. ſecund. nupt. l. ſi Titio ff. de uſufr. leg.* Neq; negotium faceſſit. *l. uſufr. ff ſolut. matr. & ſi cum teſtam. ff. de except. rei iudic. §. ſi fundum.* ſimileſque leges in quibus adhuc proprietas appellatur, poſtquam uſusfructus conſolidatus eſt. Nam illud quidem fit, habita relatione ad tempus præteritum: prout etiam JCtus inſulam appellat, quæ inſula deſiit eſſe. *l. inſula. in fin. ff. de acquir. rer. domin.* Et pro-

Et proinde dominium non acquiritur ſine poſſeſſione. Lyclam. *membr. lib. ult. cap. 24.* cùm nempe ſumatur pro dominatione ipſa, quam dominus ipſo facto poſſideat, aut poſſit exercere. Et inde nec etiam acquiritur, ante traditam vel apprehenſam poſſeſſionem. *l. 20. C. de pact. l. 12. C. de probationib. l. qui prædium. 13 C. de diſtract. pignor.* Quod idem non eſt, cùm ſumitur pro jure ſeu titulo proprietatis: & hujuſcemodi dominium ſine poſſeſſione acquiri poteſt, licet ipſo facto is, cui id quæſitum eſt, haud dominetur, utatur, fruaturvè.

Dominium autem, anne formaliter & eſſentialiter ſit jus; ita ut jus ſit genus, comparatione dominii: an verò relatio dominii ſit quippiam antecedens facultatem, jusvé perfectè diſponendi de re, cujus domini ſumus: Quaſi dominii definitio (dum vocatur jus perfectè diſponendi de re corporali, niſi lege prohibeatur) deſcriptiva ſit, tradita per dominii proprium effectum, ſubtiliter diſputat Molina. *de juſt. & iure. tract. 2. diſp. 3* Qui idem *d. loc.* tradit, dominii ſpeciem triplicem eſſe, jurisdictionis, univerſitatis, & particulare. Dominium item jurisdictionis aliud eſſe ſeculare, ſive temporale; aliud Eccleſiaſticum ſive ſpirituale. Nec abſurdum eſt, ejuſmodi dominium ad duos, aut ad plures pertinere, ſimul ordine quodam, & comparatione unius ac ejuſdem communitatis: nempe ad unum immediatè, & ad alium aut alios mediatè. Ut dominium jurisdictionis alicujus oppidi, aut civitatis, pertinere poterit immediatè ad Ducem aliquem, Marchionem aut Comitem: mediatè verò ad Regem. Quod ſi Rex ille, quoad jurisdictionem, ſubjectus ſit Imperatori, aut alicui Regi alteri potentiori, tunc demum adhuc mediatus, unà cum toto regno, ad talem Imperatorem aut potentiorem Regem pertinebit. Hac de cauſa Juriſperiti dominium illud jurisdictionis, quod ut modò explicatum, ad multos ſpectat, dividunt in altum, ſeu ſuperius, & mediatius; & in baſſum: id eſt, immediatum, aut immediatius comparatione alterius ſuperioris, qui mediatius in eandem communitatem habeat dominium. Molina. *d. loc.*

Dominium porrò difficilis eſt probationis, ut docet Maſcar. *verb. Dominium. lit. D.* Joſeph. Ludov. *deciſ. Lucenſ. 54.* ubi án ex poſſeſſione & perceptione fructuum, dominium probetur? maximè quando de eo quæritur ſolùm incidenter.

Sicque dominium rei locatæ, non probatur per inſtrumen-

tum locationis. *l. adprobation. 23. C. locati.* Peguera. *deciſ. 120.* Sed benè, quando locator agit actione perſonali ex eodem inſtrumento, contra conductorem.

Nec item probatur per ſolam venditoris aſſertionem; qui in actu venditionis dicit, ſe rem illam quam vendit, tenere pro aliquo domino directo, ad certum cenſum: in favorem ſcilicet prætenſi Domini directi. Peguer. *deciſ. 139.* confeſſio enim ſeu recognitio verbis enunciativis facta, diſpoſitionem non probat; niſi judicialis, vel geminata eſſet.

7. De poſſeſſione.

POſſidere dicimus eos, qui opinione domini poſſident. *l. ſi ſervus. 20. §. 1. ff. de noxalibus actionibus. l. 3. § ult. de acquir. poſſ.* Is autem, qui detinet non opinione domini, nec etiam naturaliter videtur poſſidere.

Quamvis enim poſſeſſio alia civilis, alia naturalis ſit: utraque tamen intentionem dominii habet. Et civilis quidem juſta; naturalis, injuſta reputatur. *d. l 3. §. vel etiam. 22. de acquir. poſſeſ.* Arum. *diſp. ad ll. pracip. 20. th. 7.* Hackelm. *illuſtr. diſput. 20. theſ. 2. lit. B.* Vide tamen Petr. Hegeniz. *in tr. de poſſeß. lib. 1. cap. 4.* Lyclam. *ult. membr. eclog. 25.* Emund. Merill. *lib. 2. obſ. cap 31. & ſeq.* Parlador. *rer. quot. lib. 1. cap. 9. & ſeq.*

Naturalis etiam poſſeſſio corporalis ſemper eſt. *l. 1. §. 1. ubi Br. ff. de acquir. poſſ.* Civilis animo retinetur. *d. l. 3. §. ſed &. 7. de acqu. poſſ.* Sed tamen corporalem inſiſtentiam non excludit.

Momentanea porrò poſſeſſio, de qua *in l. 1. C. ſi de momentan. poſſ.* non ita dicitur, quia maximi ponderis ac effectus res ſit, ut cenſet Parlador. *d. cap. 9.* ſed momentaria poſſeſſio, ſive momenti beneficium; eſt celeris reformatio & reſtitutio poſſeſſionis, per vim vel alio modo ablatæ, aut interpellatæ. Poſtulatur autem poſſeſſio momentaria per interdictum, vel actionem ex cauſa interdicti; ab eo qui poſſeſſione vi, dolo, aut metu, aut iniquo judicio ſpoliatus eſt. Et quia ea ſtatim ſine ulla cunctatione ſpoliato reſtituendą eſt, dilatâ dominii quæſtione, ideò momentaria dici ſolet. Vult. *ad l. un. Cod. ubi de poſſ.*

Inſuper, poſſeſſio jure familiaritatis non attenditur: nunquam tamen quis creditur jure familiaritatis ſeu conceſſionis poſſediſſe, niſi quando alius titulus, vel jus excogitari non poteſt. Menoch. *arbitrar. caſ. 160.* Meichſ. *tom. 3. deciſ. 33. n. 15. & ſeq.*

Quod-

Digitized by Google

Quodque aliàs dicitur, in actibus indifferentibus, qui jure familiaritatis vel ſervitutis fieri poſſunt, potius actum familiaritatis, quàm ſervitutis vel juris proprii præſumi. Innoc. *in c. cum Eccleſia Sutrina. de cauſ. poſſ. & propriet.*

Locum hoc habet in juribus incorporalibus, ubi non ſufficit, jure aliquo uti cœpiſſe, niſi probet, ſe jure ſervitutis uſum fuiſſe. Meichſn. *d. l. num. 38.* ubi paſſim, quòd ex conjecturis ſoleat indagari, an quis poſſederit jure familiaritatis.

Et porrò poſſeſſio etiam jurium incorporalium vel quaſi, ex actibus edoceri ſolet. Meichſ. *tom. 4. deciſ. 2. per diſcurſ.* Et certè in incorporalibus, poſſeſſio vel quaſi nihil aliud eſſe dicitur, quàm uſus quidam tanq. jus habentis, cum patientia adverſarii. Br. *in l. 3. §. unde vi. n. 3. ff. d. vi & vi arm.* Rol. à Valle. *conſ. 9. n. 43. part. 3.*

Uſus verò & exercitium libertatis, aliter conſiderari, vel libertas aliter poſſideri non poteſt, quàm per ſolam negationem & contradictionem ejus, qui libertatem prætendit contra illum, qui onera vult imponere, accedente ejuſdem patientiâ: ex quo non cadit alius actus corporalis, ad acquirendam quaſi poſſeſſionem juris incorporalis, qui ſit conformis, niſi prohibitio ſeu contradictio. Angel. *in §. aquè. num. 9. verſ. ſextò quia. Inſtit. de actionib.* Nam etſi mille annis quis liber fuiſſet ab oneribus, non tamen per hoc diceretur in quaſi poſſeſſione libertatis eſſe, niſi ab adverſario, cùm occaſio eſſet, vel eidem imponere volenti, fuiſſet contradictum, iſque tali contradictioni acquieviſſet. Meichſ. *d. l. num. 22.*

Tandem, duo in ſolidum rem unam poſſidere non poſſunt. *l. 3. §. ex contrario. 5. de acquir. poſſeſſ.* Arum. *diſp. ad ll. prac. 20. th. 11.* Borcholt. *tr. de poſſ. cap. 2. n. 7.* Ut enim unum corpus in duobus locis, & duo corpora in uno loco eſſe non poſſunt. Ut corpora ſe occupare, & ſimul eſſe natura non permittit: dimenſio enim ſuum locum occupat, & obſtaculo eſt, ne quævis alia dimenſio, & quodvis aliud corpus pariter & unà, eundem locum occupare ac replere poſſit: ita & poſſeſſio penes duos eſſe nequit.

Fieri tamen poteſt, ut unus poſſideat civiliter, alter naturaliter. Exempli gratiâ, Dominus peregrè proficiſcitur: ſecundus abſentis poſſeſſionem clam ingreditur; Dominus revertens, poſſeſſionem animo retinuit. Hic ſanè uterque poſſidet, & verus Dominus, quia animum poſſidendi non depoſuit; & clancula-

Digitized by Google

rius poſſeſſor, quia animo & corpore ſibi habendi poſſeſſionem ingreſſus eſt. Et quidem in ſolidum, hoc eſt, totam rem, hujus poſſeſſionis occaſione poſſunt defendere: non quidem alter contra alterum, dominus enim illo ſuperior eſt, & hujus intuitu ejus detentio nulla eſt; ſed ſi extraneus conveniat hunc clancularium poſſeſſorem, rectè interdicto uti poteſt. *l. 2. ff. uti poſſidet.*

9. *De præſcriptione ejusque interruptione.*

PRæſcribere, apud Authores Cæſarei Juris, idem eſt quod excipere; & præſciptio, idem quod exceptio. Exceptio verò eſt oppoſitio, quæ actionem ſeu litem aliquam intentanti opponitur: dummodo tamen intentio ſeu fundamentum, in quo actio & lis fundatur, haud negetur. Covarruv. *in reg. poſſeſſor. part. 1. ab princ. & §. 1.* Viciſſim idem Covarruv. obſervat, actionem dominii, tam rerum immobilium, quàm mobilium, ex eo capite, quod quis tanto tempore bona fide, & cum cæteris conditionibus eas poſſederit, quanto & cum quibus humano jure ad id ſufficere eſt conſtitutum; neque latinè neque à legum conditoribus, appellari præſcriptionem, ſed uſucapionem.

Dum autem priores Domini, adverſus eos intentant actionem, qua tanquam ſuas vendicare ſibi eas res volunt, contrà verò poſſeſſores illis objiciunt, ſeu excipiunt, ſe tanto tempore, & cum iis conditionibus illas poſſediſſe, ut comparaverint jam earum dominium, eaque de cauſa locum nō habere actionem quam intentant: dicunt, ejuſmodi peremptoriam exceptionem, appellari in jure civili exceptionem; excipereque illo modo, dici præſcribere. Vide Molinam. *d. juſtit. & jure, tr. 2. diſp. 60.* Joh. Bolognet. *ad tit. ff. de uſucap.* Parlador. *1. rer. quotid. c. 1.* Sed quoque interdum præſcriptio temporis, ipſam etiam acquiſitionem, laxiùs uſurpato verbo, ſignificat; & poſt quam completam utilis actio datur, *l. ſi quis. 10. ſi ſervitus vendicetur.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. diſp. 22. theſ. 1. lit. H.* ubi accuratè etiam, de differentiis uſucapionis ac præſcriptionis agit.

Quamvis autem à præſcriptione, uſucapio olim fuerit diverſa hodiè tamen utriuſque diſcrimen ſublatum eſſe videtur. Vide Treutl. *vol. 2. diſput. 22. th. 1. lit. A.* Dn. Bocer. *d. feud. præſcript. cap. 1.*

Ac

Digitized by Google

Ac licet etiam præſcriptio, olim interrumpebatur litis conteſtatione. *l. 10. C. d. acquirend. poſſeſſ. l. 2. & l. 18. C. d. longi temp. præſcriptione.* in uſucapione. tamen ſecus erat. *l. 9 §. 6. ad exhibendum. l. 2. §. ult. pro emptore. l. 18. & ſeq. de rei vendicat.* Bachov. *d. lit. H. ad fin.*

Variis tamen, ſed parilibus modis, hodiè præſcriptio & uſucapio interrumpi ſolet. Equidem non ſolùm naturali (putà ſi quis poſſideri deſinat) ſed & interruptione civili: de qua regulas aliquas notatu dignas, congeſſit Rauchbar. *lib. 2 q. 28.*

Quanquam autem Citatio, interrumpat præſcriptionem 30. vel 40. annorum: hoc tamen ita eſt intelligendum, quando actor in termino citationis comparuit; aliàs actore vel reo citato non comparentibus, citatio circumducitur, & ſic non operatur effectum interruptionis præſcriptionis. Peguer. *deciſ. 157.*

10. *De effectu præſcriptionis in annuis præſtationibus &c.*

IN dubio is qui rem aliquam pro uniformi canone, ultra tempus longiſſimum poſſedit, præſumitur iſta bona in cenſum accepiſſe. Schrader. *vol. 2. conſil. 42. n. 7. & 13.* Sicque præſcribitur jus Coloniæ perpetuæ, ne ipſi in poſterum res conducta auferri poſſit: qamvis aliàs conductor nunquam præſcribat dominum rei conductæ. Quod notandum eſt pro iis ruſticis, qui bona cenſualia poſſident, nec titulum conſtituti cenſus edere poſſunt. Licet poſt Gravett. diſſentiat Schrader. *d. l. num 49. & ſeq.* non negans tamen, noſtram ſententiam eſſe communiorem.

Nam certè conductor nunquam præſcribit, ſi conſtat eum conductorem eſſe; ſed ſi de conductione haud conſtat, uniformis & præſertim immemorialis præſtatio cenſus, jus irrevocabile præſumi facit: quæ tamen præſumtio tam per probationes, quàm alias præſumptiones contrarias eliditur. Schrader. *d. l. num. 43.* Sic etiam cenſus, ſeu jus exigendi certum quid annuatim, acquiritur per præſcriptionem. Jac. Venut. *de annua præſtat. part. 2. quæſt. 23. & ſeqq fol. m. 47. &c.* ubi de requiſitis ejuſmodi præſcriptionis.

Viciſſim *in annuis præſtationibus* (in Järlichen Zinſen) dubitari ſolet, *an debitor non ſolvendo per longiſſimum tempus, ab illarum*

ſolvendarum neceſſitate liberet ſe iure præſcriptionis? Et diſſentiunt communiter Dd. qui præſcriptionem quoad cenſus ceſſos, non verò quoad jus ipſum admittunt. Theſaur. *deciſ. 179. num. 4.* Borcholt. *tr. d. uſur. cap. 4. num. 34.* Gail. *2. obſ. 73. à princ.* ubi Grævæ.

Sed alii, & hîc totalem extinctionem admittunt. Gœden, *conſ. 35.* Schurpf. *vol. 1. conſ. 10. num. 12. & ſeq.* Quod maximè verum eſſe puto, ſi per contradictionem debitor conſtituatur in quaſi poſſeſſione libertatis: aut poſt lapſum temporis immemorialis; quod præſumi facit, reemptione vel alio legitimo modo, jus illud extinctum fuiſſe. Sicque non in hiſce terminis loquitur. *l. cùm notiſſimi. 7. § fin. C. d. præſcrpt. 30. vel 40. annor.*

Sic pariter per diuturnam receptionem monetæ minoris valoris, fit ut non admittatur petitio monetæ valoris majoris. *c. olim. d. cenſib.* Schurpf. *d. l. num. 8.*

Et itidem actioni pignoratitiæ (der Wiederloſung eines Pfandſchillings) nullo unquam tempore præſcribi ſolet. *l. ult. C. d. pigneratit. actio* quod multis probat Schrader. *tom. 2 conſ. 32. per tot.* Sed aliud forſan dicendum eſt, ſi quis pro ſuo poſſederit rem pignoratam, & quidem per tempus immemoriale: putà ſo ers eim andern zu Lehen auffgetragen / oder ſonſt wie ſein recht Eigenthumb / damit gehandlet.

11. An & quamnam ſententiam judex mutare queat?

IUdex interlocutoriam ſententiam mutare poteſt, ſed definitivam non item. contra Vaudum, *lib. 1. quæſt. 49.* Arumæus. *diſp. ad ll. præcip. 21. theſ. 4.* Duaren. & Gothofred. *ad l 14. d. re iudic.* Conſtat enim crebras hujuſmodi interlocutiones eſſe, & celeriter expediri à judicibus, ac ſine magna deliberatione, plerunque in magno tumultu & ſtrepitu: utilitas igitur ſuadet, ut ſi quid hujuſmodi imprudenter exciderit, ut judici id corrigere liceat. Ac reddit Bartolus *ad l. ſi quod iuſſit. 14 d re iudic.* rationem differentiæ; quia in definitiva, inquit, eo ipſo quod dedit judex ſententiam, ſtatim deſiit eſſe judex, ideoq; ſententiam dictam revocare non poterit: ſed latâ interlocutoriâ, adhuc judex manet; & ideò eam mutare poteſt. *l. iudex, 55. ff. de re iud. l. qualem. 19. §. dicere. 1 ff. de recept arbitr.*

Ac licet interlocutoria intra decendium tranſeat in rem judica-

dicatam, quoad litigantes: aliud tamen eſt quoad judicem, quamdiu officium ejus adhuc durat. vide Roſacorb. *c. 51.*

Dicunt tamen nonnulli, interlocutoriam bis mutare non licere, eamque ſi ſit geminata, revocari non poſſe: allegati à Maſtrillo, *deciſ. 23.*

12. *Caſus aliqui, ubi ſententia reſcinditur, vel annullatur.*

TRalatitium eſt, ſententiam latam ad judicium peritorum, vel ſecundum conſilium ſapientis, non tranſire in rem judicatam. Cæphal. *quæſt. 373.* Surdus, *deciſ. 25* Sed hoc intelligendum eſt, quando ſententia non publicata fuit nomine judicis competentis, ſondern wann man die Rechtsbelehrung ſelbſt / an ſtatt eines Urtheils eröffnet. Berlich. *1. concluſ 59.* Tunc enim, ſaltem per querelam extraordinariam, propter admiſſum errorem, illius retractatio peti forſan poſſet: non ſi judex eam ſuo nomine protulit, quamvis ad judicium peritorum, auf gehabten Raht; ne occaſio detur ſemper ſententias retractandi. v. tamen Treutler. *vol. 2. diſp. 23. theſ. 2. lit. B.* ibique Dn. Bachov.

Porro ſententia non reſcinditur, propter inſtrumenta noviter reperta. *l. ſub ſpecie. 4. C. d. re indic. l. Imperator. 35. ff. eod.* Idque Fachinæus, *lib. 1. cap. 51.* etiam eouſque extendit, ut nec reſtitutio concedatur, quamvis quis ex juſta & probabili ignorantia non produxerit illa inſtrumenta. Quod tamen non extendendum eſt ad privilegiatas perſonas. Fachin. *d. l. 1. cap 53.*

Sententia autem lata, ex probationibus à lege reprobatis, aut ex teſtibus, qui non admiſſibiles exiſtunt, pro nulla reputatur. Magon. *deciſ 39.*

Sic pariter ſententia lata à pluribus judicibus, quorum alter inhabilis vel non competens erat, nullitatis vitio laborare cenſetur. *c. cùm ſuper d. officio delegati.* Maſtrill. *deciſ. 27.* ubi *num. 3.* ex Bongiorno refert, ſententiam eſſe nullam, etiamſi prolata foret ut ab ordinario; propter adjunctionem perſonarum aliarum, non Collegarum. Quod tamen Maſtrillus non omninò probat.

Tandem etiam contumax, de nullitate conqueri poteſt: Meichſner. *tom. 2. lib. 2. deciſ. 1. fol. 53. & ſeq.* quamvis eidem appellatio ſit denegata, & is quoque neque ſupplicare, nec reſtitutionem petere poſſit; ut dixi *in tr. d. Appell. c. 6. §. 4. f. 193 & ſeq.*

Ratio

Ratio autem diverſitatis, cur contumax non appellare, ſupplicare, aut reſtitutionem petere; nullitatis verò querelam intentare poſſit, conſiſtit in eo, quòd tria illa remedia reſciſſoria ſint: at verò de non ente & nullo, nullus actus poſitivus, qualis eſt reſciſſio, prædicari poteſt. Namque illa tria remedia reſciſſoria, adimuntur contumaci, ut in pœnam contumaciæ, ſententia retractari nequeat, ſed quod nullum eſt, retractari nequit: cùm perindè habeatur, ac ſi factum omninò non fuiſſet. Vant. *tit. quoties & intra quod tempus. num. 16.* ſicque ratio legis, ob quam contumax privatur appellatione, non militat in querela nullitatis, ſicut militat in reſtitutione & ſupplicatione.

Et inprimis defectus juriſdictionis, contumaci non obſtat, quò minùs de nullitate conqueri poſſit. *per l. fin. ff. d. iuriſd.*

13. *De ſententiæ executione.*

SEntentiæ executio vel per modum actionis, vel judicis officio implorato peti ſolet. Meichſner. *lib. 1. deciſ. 28.*

Et de jure, duo remedia pro executione ſententiæ competunt, quorum primum eſt, actio in factum judicati; vel, ut alii loquuntur, actio judicati executoria, de qua loquitur. *l. ordo rei. 3. C. d. execut. rei iud. l. actori 8. C. d. iureiur. & l. miles. 6. §. fin. ff. de re iudic.* Alterum verò merum officium judicis nobile, quod nulli actioni principaliter intentatæ deſervit. Jaſ. *in l. intra dies. num. 4. de re iudic.* Cùm mox à fronte & rectâ viâ petitur executio; de quibus remediis tractat Joh. Bapt. Aſinius. *§. 31 cap. 2. num. 3. & ſeqq.* Ferrar. *in forma executionis ſent. definiti. verb. ſapiens & egregius. num. 13.* Mynſ. *reſponſ. 6. num. 7. decad. 1.*

Variæ porrò contra ſententiam exequendam opponi poſſunt exceptiones: eaque de re integer, & utilis admodum extat Tractatus Vincentii Carocii, *d. remediis contra præiudic. ſententias vel. damnoſas executiones*, inſcriptus.

Sciendum etiam eſt, exceptiones altiorem indaginem requirentes, haud impedire executionem. Et omnes aliæ exceptiones, dicuntur requirere altiorem indaginem, præter illas, quæ notoriè reſultant ex actis, & (ut Practici dicunt) ex ventre proceſſus: quia iſtæ exceptiones retardant executionem, & poſſunt cognoſci per judicem exequentem, tanquam reſultantes ex actis. Rip. *poſt alios, in l. 4. §. condemnatum. ff. d. re iudic. num. 15.* cùm nulla

Digitized by Google

nulla tunc calumnia, pro ſentẽtiæ executione conſiderari poſſit. Soc. Sen. *conſ. 78. lib. 3.* ubi hanc opinionem communem appellat. Joſ. Ludovic. *deciſ. Lucenſ. 24.*

Num verò & quatenus iudex, cui executio demandatur, ſuper obiectis contra executionem cognoſcere poſſit? eleganter diſtinguendo enodat Peguera, *deciſion. 182.*

Liquidationis etiam punctum, præcedere debet executionem: *l. hac autem. 5. §. 1 ff. ex quibus cauſ. in poſſ. eatur.* competitque condemnato retentio rei, liquidatione pendente. Peguer. *deciſ. 179.* Hier. Magon. *deciſ. Lucenſ. 3.* Quia ante liquidationem, non dicitur debitor in mora conſtitutus. Gravett. *conſil. 89. incip. nobiliſſ. num. 5.*

Et cautela eſt evitandi executionem, ut debitor quod liquidum eſt deponat, & illiquidum ſe caveat ſoluturum. Magon. *d. deciſ. in fin.*

24. *An Creditor, cui ſub conditione quid debetur, in poſſeſſionem mitti poſſit?*

IN poſſeſſionem ex primo decreto (rei ſcilicet ſervandæ cauſa) mitti ſolent Creditores, etſi ſub conditione pecunia eis debita ſit, vel promiſſa. *l. poſſeſſionem. 6. in pr. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eatur.* Quod tamen ita eſt intelligendum, ut bona ejuſmodi debitoris latitantis, antequam dies vel conditio veniat, venire non poſſint. *l. Fulcin⁹. 7. §. ſi in diem. 14. ff. d. t.* Sicq; non obſtat. *l. pen. §. ult t. eod.* ubi Paulus reſpondet: *Creditor conditionalis, in poſſeſſionẽ non mittitur; quia is mittitur, qui poteſt bona ex edicto vendere.* Hæc n. verba intelligenda ſunt de ſecundo decreto. Qui verò ex primo decreto detinet rem, ejus ſolùm cuſtodiam & obſervationem, non veram poſſeſſionem habet. *l. cum legatorum. 7. eod. tit.* vide Cujac. *lib. 10. obſ. cap. 32.* Pac. *cent. 7. quæſt. 11.*

25. *De bonorum ceſſione.*

STatuta illa, quæ debitoribus bonorum denegant ceſſionem; ejuſque loco carceres (den Schuldthurn) vel addictionem ipſius perſonæ inducunt: in debitoribus non doloſis, iniqua eſſe videntur. vide Hotom. *illuſtr. 26.* Teſſaur. *deciſ 36. & deciſ. 182. in fin* Alex. ab Alex. *lib. 6. genial. cap. 10.* ubi Tiraquell. Coler. *d. proceſſ. execut. part. 1. cap. 9. num. 28. &c.* Moller. *1 ſemeſtr. cap. 36.* Mo-

Digitized by Google

lin. *d. inſt. & iur. 2. diſput. 571. &c.* Unde & Parlamentum Gallicanum, caſſavit renunciationem juratam beneficii ceſſionis: etiam ſine abſolutione à juramento. Joh. Papon. *lib. 10. tit. 10. arreſt. 3.* Adde praxin Banccæruptorum, & Maſtygen Fallitorum Danielis Sauterii. Et quoque ex vigore Hiſpanicarum legum, ii qui ad bonorum ceſſionem admittuntur, debent publico præconio tubarum per civitatem, vel locum in quo juraverint publicari, ſe non eſſe ſolvendo, ut de cætero nemo ab illis decipiatur. Lucæ in Italia, fulvum pileum geſtare coguntur. Magon. *deciſ. Lucenſ. 88.*

Ac quoque bonis cedere poteſt, qui fiſco ex aliquo contractu vel quaſi, quippiam debet. *l. 1. & tot. tit. ff. & C. d. ceſſio. bonor.* Peguer. *deciſ. 68. num. 8.*

At quando quis ex delicto eſt obligatus, ſive ſit debitor fiſci, ſive privatorum, haud poteſt cedere bonis (ne delictum maneat impunitum) ſed cùm in ære non habet, in corpore luere debet. *l. ſi quis id. 7. ff. d. iuriſd. l. 1. § fin. ff d. pœnis. l. fin. ff. d. in ius vocando. l. quicunq. 4. C. de ſervis fugitivis.* Peguer. *deciſ. 6. & d. deciſ. 68.*

Quidam tamen beneficium habent, ut ex ipſorum debitis deducatur, ne egeant, ſive ut ſolùm teneantur, in quantum facere poſſunt. Hocq; beneficium competit quoq; marito, adverſus uxoris hæredes. *l. maritum. 12. l. ſi maritus. 43. l. alia. 14. §. eleganter. 1. ff. ſoluto matrim.* Maſtrill. *deciſ. 93.* Licet enim hæredes uxoris, non teneantur ad reverentiam marito; tamen maritus conſervat ſibi privilegium, quod habet contra uxorem, cui tenebatur ad dotis reſtitutionem: nec illud amittit ſine facto proprio, ob mortem mulieris; aliàs fieret conditio mariti deterior ob mortem uxoris, vel ex ceſſione jurium, quam poſt divortium poſſet uxor facere. Et Doctores loquuntur in omni caſu, quo agitur ex perſona uxoris, & illa repræſentatur: unde exceptio, quæ obſtaret uxori, ſi ageret contra maritum, obſtabit ejus hæredi.

Aliud tamen dicendum eſt, quando maritus ab aliis, quàm ab uxore, ejuſve hæredibus, dotis nomine convenitur.

Si verò Creditoribus, feudi fructus ſunt adjudicati; vaſallo debitori non præſtanda ſunt alimenta. Andr. Schæffer. *lib. 3. quæſt. 14.* Sed tamen ante omnia, ex fructibus feudi, deducendi ſunt ſumptus, quibus debita ſervitia domino præſtentur.

16. De

Digitized by Google

16. De alienatis in fraudem Creditorum.

IN fraudem Creditorum alienata, intra annum, una cum ſua cauſa revocantur ab accipiente, fraudis non ignaro. Niſi poſſideat ex cauſa lucrativa (putà ex donatione, aut legato) tum enim indiſtinctè (etiamſi ignorarit donantem haud eſſe ſolvendo) tenetur. Ac etiam in id, quo locupletior eſt factus. *l. 6. §. 8. & 11. ff. quæ in fraud. creditor.* vide Cujac. *lib. 12. obſ. cap. 5.* Weſemb. *in Paratitl. ff. d. t. num. 6.*

Sanè qui ſibi vigilat, ſuumque recipit; ac id ad quod ſolvendum debitor authoritate magiſtratus poterat cogi, fraudem facere non videtur: *l. 6. §. apud Labeonem 6. l. illud. 13. ff. d. t.* niſi id fiat poſt bona jam à creditoribus poſſeſſa. *d. l. 6. §. ſciendum. 7.*

17. De tacitis hypothecis.

IS qui ad domus vel mercium emptionem, pecuniam mutuò dedit: non jus tacitæ hypothecæ, ſed duntaxat privilegium perſonale habet. *l. quod quis navis. 19. ubi Gloſſ. ff. de privileg. creditor.* Rauchbar. *lib. 1. quæſt. 5.* Et dixi etiam *ſuprà, ad lib. 20. ff. quæſt. 3.*

Cautè ergo creditor hoc in caſu agit, ſi ſibi conſtitui curet ſpecialem in tali re empta hypothecam: eoque caſu generalem antiquiorem hypothecam habentibus, præferri videtur.

Nec obſtat *Nov. 97. cap. 3. in princ.* Ibi enim quod de eo, qui propriis pecuniis agrum emi procuraverit ſancitur; intelligendum eſt de appoſito pacto, ut ille ager ſibi numeranti obligetur: quod gloſſa ibidem monet.

Similiter qui in re vendita ſibi pignus reſervavit, omnibus aliis utcunque privilegiatis, præfertur. Rauchbar. *lib. 1. quæſt. 6.* Cenſetur enim res vendita conditionaliter, & non niſi cum onere reſervatæ hypothecæ, ad emptorem tranſire.

18. Creditor, cui res adjudicata fuit, an eam pro alio debito retinere poſſit?

ET certè creditor pro eo credito, pro quo non eſt immiſſus, retentione uti nequit. Dd. adducti à Maſtrillo, *lib. 1. deciſ. 88. num. 1.* Qui tamen in contrariam opinionem, inclinat, & ſubdit; dolo notari debitorem, repetentem pignus prætorium & judiciale, & nolentem ſolvere aliud debitum, quod debet. Sed ego

Digitized by Google

id intelligo de tali caſu, ubi hæc retentio non tendit in præjudicium aliorum creditorum.

Quin & pignus prætorium (Saxones arreſtum vocant) regulariter & de jure, non dat prioritatem, Schrad. *conſ. 30.* Nam is, qui habet pignus prætorium prius, non præfertur ei, qui habet idem pignus prætorium poſterius. Imò uno ex decreto Prætoris in poſſeſſionem bonorum miſſo, reliqui omnes miſſi cenſentur. *l. cùm un°. ff. de bon. auth. iud. poſſ. & ibi* Br. *l. ſi finita. § ſi plures. ubi* Br. & Al. *ff. de dam. infect. l. fin. C. de bon. auth. iud. poſſ.* Tamen in terris Saxon. in multis locis partim uſu receptũ, partim ſtatuto cautũ eſt, ut is, qui prior tempore, cæteris præferatur, etiam in pignore prætorio.

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex libr. XLIII. XLIV. XLV. & XLVI. Pandectarum.

1. De interdictis.

INterdictum exinde denominatur, quòd inter duos dicatur, aut ab interdicendo, quod verbum propriè prohibere, aliquando etiam mandare & jubere ſignificat, Petr. Frider. *de interdict. comment. n. 38. & ſeqq.* Alii interdicta appellata ajunt, quaſi interim dicta: quoniam per ea non totum negotium definitur, ſed quæſtio proprietatis ſuſpenditur, alio in judicio tractanda. Cujac. *in paratitl. C. de interdict.* Alciat. *3. parerg. 15.* Eſt enim interdictum, decretum prætoris ad tempus; hoc eſt, interea dum cauſa principalis diſceptetur, interpoſitum.

Et differt ideò interdictum ab edicto. Cujac. *lib. 4. obſ. c. 17.* Duar. *lib. 1. diſp. 19.* contra Joh. Robert. *lib. 3. ſent. cap. 9.* Interdicta enim ab edictis, in hoc diſtant, quo ipſa actio ab edicto, in quo actio eſt promiſſa: & rurſus quo cauſa ab effectu. Vultei. *in com. Inſtit. de interdict. num. 41. à princ.* Vide tamen Dn. Bachov. *ad Treutl. vol. 2. diſp. 25. theſ. 1. lit. C. ad fin.*

Interdictis autem hodie mandata pœnalia, non abſonè æquiparari poſſe, arguunt tradita Gail. *lib. 1. obſ. 5. n. 5.* Cæterum Cujac. *in paratitl. C. de interdict. & lib. 1. obſ. cap. 20.* perperàm interdicta, momenta aut momentarias poſſeſſiones, item momenti beneficium, vocare videtur. Val. Guil. Forſter. *in Juſtin. tractationib. ad Inſtit. lib. 4. diſp. 4. th. 1.*

Sanè

Sanè apud pleroſque receptum eſt, ad recuperandæ poſſeſſionis interdicta, potiſſimùm momentariam cauſam ſpectâſſe. Nam conſtitutiones, quæ de momento loquuntur, non de alia quàm de recuperanda poſſeſſione debent intelligi. *l. 1. C. Theodoſ. unde vi. l. 1. C. ſi per vim vel alio modo. l. fin. C. qui legit. in iudic. ſtandi perſon. non hab. l. unic. C. ubi de poſſeſſ. l. unic. C. ſi de moment. poſſeſſ. fuerit appellat. l. 8. C. unde vi.* Unde Iſidorus definit momentum, quòd ſit celeris reformatio, quo dejectus reſtituatur. Hodiè ex conſuetudine, ſummarium dicunt retinendæ, quod extraordinario proceſſu petitur. Vult. *ad d. l. un. C. ubi de poſſ. n. 32.* Quòd autem olim etiam poſſeſſorium aliquod fuerit ſum̃arium, ſive momentaneum, probat *l. momentaria. 8. C. unde vi. l ſi ab eo 7. §. fin. de liberali cauſa. l. properandum. 13. § cenſemus. Cod. de iudic. l. fin. C qui legit. perſon. ſtandi in iud. c. cùm veniſſet. extr. de Inſtit.*

Et certè momentaneum poſſeſſorium, à pleno poſſeſſorio differt. Illoque ventilato, adhuc locus eſt poſſeſſorio, quod plenarium vocant. Meichſner. *tom. 3. deciſ. 10.*

Ac item in momentaneo poſſeſſorio, procedendum eſt ſummariè, abſque libello & litis conteſtatione. Caſtrenſ. *conſil. 3. per tot. vol. 2.* Quòdq; poſſeſſorium duplex ſit, ordinarium ſive plenarium, & ſummarium ſive extraordinarium; docet etiam Gail. *lib. 1. obſ. 7.* Taleque poſſeſſorium eſt, quod intentatur ex Imperii conſtitutione, ſuper litigioſa poſſeſſione. Gail. *d. obſ. 5. & ſeq.* Meichſner. *d. deciſ. 10.*

2. *De interdicto quorum legatorum.*

Interdictum quorum legatorum, datur omni hæredi adverſus omnem legatarium vel fideicommiſſarium; ut rem propriâ authoritate occupatam reſtituat, aut in id, quod intereſt, condemnetur. *l. 1. in pr. & §. 2. ff. l. unic. C. quor. legator.*

Et datur hocce interdictum non ſolùm eo fine, ut hæres Falcidiam detrahere poſſit, ſed & ne is, ob hæreditatem ære alieno gravatam, ſentiat damnum. Treutl. *vol. 2. diſp. 25 th. 2. à pr.*

Et datur etiam interdictum illud contra eum, qui officio judicis & per viam executivam, legati poſſeſſionem eſt conſecutus. Treutl. *d. l. lit. B. & ibi* Bachov.

Et datur etiam hoc interdictum contra donatarium mortis causâ: *l. 1. §. 5. ff. quod. legator.* vide Arum. *diſp. ad ll. præcip. 21. th. 13.*

ſi modò illa donatio in finib⁹ conventionis ſubſiſtat, nec donantis traditione perfecta ſiet. Bachov. *ad Treutl. vol. 2. diſp. 19. theſ. ult. lit. B.* ubi etiam reſpondet *ad l. cùm pater. 77. §. 2. d. legat. 2.*

3. Interdictum uti poßidetis.

INterdictum *uti poſſidetis*, proditum eſt, pro retinenda turbata poſſeſſione: nec ideò competit dejecto. Arum. *d. diſp. 21. th. 15.* Atque ideò ſemper & ubique prohibitorium, & nunquam reſtitutorium interdictum appellatur. *l. 1. ff. uti poſſidetis.*

Sic etiam conventus interdicto *unde vi*, haud poteſt per reconventionem inſtituere interdictum *uti poſſidetis.* Roſacorb. *praxi for. cap. 92. n. 18. & c* Namq; *per c. veniens. extr. d. præſcript.* probari poteſt, quòd benè quidem conventus *uti poſſidetis*, poſſit actorem reconvenire interdicto *unde vi*, & ſuper eadem re; quod etiam Abbas *ibid. num. 4.* benè notandum putat: ſed quod ſpoliatus reconveniri poſſit *uti poſſidetis*, omnia jura reclamant, niſi de alia ſpolatione *text. c. fin. & c. cùm dilectus de ord. cog.*

Porrò interdicto huic locus quoque eſt, in juribus incorporalibus. Meichſn. *tom 4. deciſ. 2.* Quamvis enim rerum incorporalium, nulla propriè turbatio vel ſpoliatio ſit, attamen eorum uſus cum patientia adverſarii, pro poſſeſſione vel quaſi habetur. *Br. in l. 3. §. unde vi. num. 3. ff. d. vi & vi armata. & in l. 1. §. hujus. a. 2. ff. uti poſſidetis.* Et idem Meichſn. *tom. 4. deciſ. 18.* conſulit, quomodo in perceptione annui reditus turbato ſubveniatur, utili nempe interdicto uti poſſidetis.

Requiſita autem & practicam hujus interdicti, tradunt Schrader. *conſ. 22.* Meichſner. *tom. 1. deciſ. 42. & tom. 3. deciſ. 1.* ac quoque *tom. 4. deciſ. 2.*

4. De conſtitutione pignorationis.

COnſtitutio pignorationis (auff die Pfandung) pro tuenda magis quàm recuperanda poſſeſſione, prodita eſt. Roſacorb. *c. 54* Et certè ejus conſtitutionis requiſita exactè ſunt narranda, ſi quis mandatum ſine clauſula impetrare velit. Roſacorb. *c. 16.* ubi idem *num 15.* monet., pignorationes cum arreſtis, ac item religionis cauſam, cum pignorationibus non eſſe confundendam. Viderique poteſt Meichſnerus, qui egregiè de materia pignorationum agit, *tom 1 lib. 1. deciſ 41. 43 44 & ult. & eodem tomo, lib. 2. deciſ. 1. item. tom. 2. lib. 1. deciſ. pen. & ult.*

Quan-

Digitized by Google

Quando item in materia pignorationum, & interdicto retinendæ, uterque ſe contendit poſſidere in ſolidum; & adſit æqualitas probationum: in judicis arbitrio poſitum videtur, quid pronunciare velit. vide Meichſn. *tom. 3. deciſ. 3.*

5. De canone redintegranda.

REmedium *Canonis redintegranda*, ſine ullo perſonarum & rerum diſcrimine, ſpoliato datur: Menoch. *recup. remed. 15. n. 13.* & idem *conſil. 1. in cauſ. Finar. num. 8.* ac etiam contra quemcunque poſſeſſorem. Gail. *2. obſ. 75. num. 10. &c.* Mynſing. *cent. 3. obſ. 85.* Decian. *conſil. 25. num. 27. tom. 3.*

Competit ergò etiam pro penſionibus denegatis. Roſac. *c. 36.* Magon. *deciſ. Lucenſ. 4.* ubi tamen dicit, ſpoliatum penſione præteritâ, docere debere de jure ſuo, antequam ei penſio adjudicetur: ſi ejus poſſeſſio non fuerit recens, & haud longo tempore duraverit retrò. Tractat quoque *ibid. num. 15.* quid de hæredibus ſit ſentiendum. Sed ſunt tamen nonnulli, qui in præſtationibus perſonalibus, poſſeſſorio locum non eſſe contendant. Vide Menoch. *recup. poſſ. remed. 1. num. 88.* Coraſ. *in l. naturaliter. §. nihil. ff. de acquir. poſſ. num. 14. fol. 936.*

Hoc inſuper remedio rectè experitur itidem is, qui ab officio eſt remotus. Capyc. *deciſ. 17.* Meichſn. *tom. 4. deciſ. 33.* Arum. *lib. 2. deciſ. 13.*

In hoc denique remedio, habetur ratio fructuum perceptorum ac percipiendorum; damnorum quoque & intereſſe. Meichſ. *tom. 4. deciſ. 19.* ubi tamen notat, ſi ſpoliator habeat aliquam cauſam rationabilem, vel colorem ſaltem, quare fecerit ſpoliationem; tunc non fieri condemnationem ad fructus qui percipi potuiſſent, ſed ſolùm ad fructus perceptos, damna, intereſſe, & expenſas.

6. De exceptionibus?

REus, pluribus exceptionibus uti poteſt; etiam diverſis: *l. nemo. 8. & ibi* Gothofr. *ff. d. except.* v. Zaſium, *ad l. decem ſtipulatus à Titio. 116, num. 18. d. Verb. Oblig* Everhard. *loc. à privat. ad habit.* non tamen contrariis. Berens. *diſput. 17. theſ. 1.*

Nihil quidem vetat, quò minùs reus debitum negare, & pactum de non petendo excipiendo opponere queat. *l. nemo. 43. d. Reg.*

d. Reg. Iur. ſed tamen ejuſmodi exceptiones, ſub conditione deducere oportet. Menoch. *2. preſumpt. 42. n. 2.* vid. Ummium. *diſp. ad proceſſ. 8. num. 67.*

Dilatoriæ exceptiones, ante litem conteſtatam regulariter ſunt opponendæ. *c. 4. extr. de except.* Et ſic exceptio procuratoria, quæ opponitur procuratori actoris, ratione ſatiſdationis de rato non præſtitæ; debet opponi ante litem conteſtatam. Sic etiam exceptio procuratoria, quæ procuratori Rei objicitur, de cautione judicatum ſolvi non præſtita, ante litem conteſtatam eſt alleganda. Et ſi adverſarius eam ante litis conteſtationem petere neglexerit, poſtea eam petere non poteſt. *l. Pomponius, 40. §. pen. ff. de procur. l. un. C. de ſatiſd.* Bronch. *ἐναντ. cent. 4. aſſert. 29.*

Quodque dicitur *in l. licet. 24. C. de procuratorib.* exceptionem falſi procuratoris, etiam poſt ſententiam opponi poſſe: hoc intelligendum eſt, ſi in vim exceptionis nullitatis opponatur, quâ uti etiam poſt ſententiam quimus.

Viciſſim peremptoriæ exceptiones, non ante, ſed demum poſt litem conteſtatam ſunt opponendæ, *ut contra Donell. probat idem* Bronchorſt. *d. cent. 4. aſſert. 27.*

Haſque exceptiones, ut ante ſententiam quocunque tempore opponere licet: ita poſt ſententiam opponi non poſſunt, niſi ab ea ſit appellatum. *l. 2. C. ſententiam reſcindi non poſſe. l. 4. l. 8. C. de exceptionibus.* Bronchorſt. *d. cent. 4 aſſert. 28.*

Quædam verò exceptiones privilegiatæ dicuntur; eò quòd omni tempore proponi poſſint: tam poſt ſcilicet, quàm ante litem conteſtatam, in vim dilatoriarum. Et talis eſt exceptio litis finitæ, exceptio præſcriptionis, rei judicatæ, &c. Schrad. *conſ. 41.*

Tandem exceptio judicis ſuſpecti, jure quoque civili contra ordinarium opponi poteſt. *l. 12. C. de iudiciis.* Treutl. *diſp. 12. th. 11. in fin. vol. 1.* & ibi Bachov.

Sanè ut quis coram ſuſpecto judice litigare cogatur, rationi & æquitati repugnat: neque ſatis conſultum eſt parti, ſi etiam cum alio, ſuſpecto judici cauſam cognoſcere & decidere permittatur, quod conſtituit Juſtin. *in Auth. ſi verò. C. de iudic.*

Et videtur hîc ſibi non ſatis conſtitiſſe Juſtin. quippe qui *in Novell 96. cap. 2. & Nov. 53. cap. 3.* (quæ loca ad delegatum non videntur poſſe reſtringi) in genere conſtituit, eum, qui judicem ſuſpectum dicit, poſſe alium mereri. Poterit igitur & ordinarius

judex

Digitized by Google

judex recuſari, ſed alio fortaſſis effectu & modo: ut vel cauſam mandare cogatur, *arg. l. præter. 17. d. iuriſdict.* Aut uti cauſa recuſationis exprimatur, & cauſa gravior requiratur: aut etiam ſuperior adeatur, & ab eo alius judex impetretur.

7. De actionibus.

VErbis definitionis actionis, traditæ à Juſtiniano *in pr. tit. Inſt. de actionibus: ut & in l. Nihil aliud. 51. d. oblig. & Act.* omnis actio, tam realis quàm perſonalis comprehenditur. Neque opus eſt cum Hotomanno, Barone, A. Fabro &c. addere ea verba definitioni, quòd ſit jus perſequendi judicio, quod ſibi debetur, *vel ſuum eſt:* ut etiam realem actionem complectatur. Verbum enim *debet*, hîc latè, generaliter, ἐν πλάτει accipi oportet, ut comprehendat etiam actiones reales, quibus petimus id quod noſtrum eſt. *l. actionum. 25. ff. d. obligat. & actionibus.* Illud enim quod noſtrum eſt, & cujus domini ſumus, hactenus nobis debetur, quatenus adverſarius ad id reſtituendum nobis eſt obſtrictus. Bronchorſt, *cent. 4. aſſert. 30.*

Et quando poſſeſſor rei alienæ, dominum ſe eſſe dicit, ex eo facto obligatur, ut reus fieri mereatur *l. Actionum. 25. de oblig. & act.* ceu obligatus lege; quod ipſum & confirmat vox *perſequendi*, perſecutio ſiquidem plus eſt quàm actio, vel petitio; dum infertur in rem vel perſonam, rei perſequendæ gratiâ. *d. l. 25.* Lyclam. *3. membr. eclog. ult.*

Actio autem civilis & criminalis, nequeunt cumulari. Maranta, *in ſpecul. part. 4. num. 20.* Br. *in l. 2. §. 1. ff. d. vi. bonor. raptor.* Magon. *deciſ. Lucenſ. 91.* ubi ex Bart. refert, etiam in materia furti, in tantum eſſe à jure prohibitam cumulationem civilis & criminalis actionis; & quod ſi quis non incidenter officio judicis implorato, ſed æquè principaliter in judicio criminaliter moto, petat delinquentem condemnari ad rerum reſtitutionem, ſit tale judicium nullum.

8. De ſtipulationibus.

DE ſtipulationibus latè agunt Joh. Bologn. *ad tit. ff. de verbor. obligat.* ut & Lud. Molina. *de inſtit. & iur. tom 2. diſp. 267.*

Et quamvis hodie de conſuetudine, approbatâ etiam in municipali Würtembergico jure, pacta quoque nuda, alles bedächt-

 liche

ſolvendarum neceſſitate liberet ſe iure praſcriptionis? Et diſſentiunt communiter Dd. qui præſcriptionem quoad cenſus ceſſos, non verò quoad jus ipſum admittunt. Theſaur. *deciſ. 179. num. 4.* Borcholt. *tr. d. uſur. cap. 4. num. 34.* Gail. *2. obſ. 73. à princ.* ubi Grævæ.

Sed alii, & hic totalem extinctionem admittunt. Gœden, *conſ. 35.* Schurpf. *vol. 1. conſ. 10. num. 12. & ſeq.* Quod maximè verum eſſe puto, ſi per contradictionem debitor conſtituatur in quaſi poſſeſſione libertatis: aut poſt lapſum temporis immemorialis; quod præſumi facit, reemptione vel alio legitimo modo, jus illud extinctum fuiſſe. Sicque non in hiſce terminis loquitur. *l. cùm notiſſimi. 7. § fin. C. d. praſcript. 30. vel 40. annor.*

Sic pariter per diuturnam receptionem monetæ minoris valoris, fit ut non admittatur petitio monetæ valoris majoris. *c. olim. d. cenſib.* Schurpf. *d. l. num. 8.*

Et itidem actioni pignoratitiæ (der Wiederloſung eines Pfandſchillings) nullo unquam tempore præſcribi ſolet. *l. ult. C. d. pigneratit. actio* quod multis probat Schrader. *tom. 2 conſ. 32. per tot.* Sed aliud forſan dicendum eſt, ſi quis pro ſuo poſſederit rem pignoratam, & quidem per tempus immemoriale: putà ſo ers eim andern zu Lehen auffgetragen/ oder ſonſt wie ſein recht Eigenthumb/ damit gehandlet.

11. *An & quamnam ſententiam judex mutare queat?*

JUdex interlocutoriam ſententiam mutare poteſt, ſed definitivam non item. contra Vaudum, *lib. 1. quæſt. 49.* Arumæus. *diſp. ad ll. præcip. 21. theſ. 4.* Duaren. & Gothofred. *ad l 14. d. re iudic.* Conſtat enim crebras hujuſmodi interlocutiones eſſe, & celeriter expediri à judicibus, ac ſine magna deliberatione, plerunque in magno tumultu & ſtrepitu: utilitas igitur ſuadet, ut ſi quid hujuſmodi imprudenter exciderit, ut judici id corrigere liceat. Ac reddit Bartolus *ad l. ſi quod iuſſit. 14 d re iudic.* rationem differentiæ; quia in definitiva, inquit, eo ipſo quod dedit judex ſententiam, ſtatim deſiit eſſe judex, ideoq; ſententiam dictam revocare non poterit: ſed latâ interlocutoriâ, adhuc judex manet; & ideò eam mutare poteſt. *l. iudex, 55. ff. de re iud. l. qualem. 19. §. dicere. 1 ff. de recept arbitr.*

Ac licet interlocutoria intra decendium tranſeat in rem judica-

dicatam, quoad litigantes: aliud tamen eſt quoad judicem, quamdiu officium ejus adhuc durat. vide Roſacorb. *c. 51.*

Dicunt tamen nonnulli, interlocutoriam bis mutare non licere, eamque ſi ſit geminata, revocari non poſſe: allegati à Maſtrillo, *deciſ. 23.*

12. *Caſus aliqui, ubi ſententia reſcinditur, vel annullatur.*

Tralatitium eſt, ſententiam latam ad judicium peritorum, vel ſecundum conſilium ſapientis, non tranſire in rem judicatam. Cæphal. *quæſt. 373.* Surdus, *deciſ. 25.* Sed hoc intelligendum eſt, quando ſententia non publicata fuit nomine judicis competentis, ſondern wann man die Rechtsbelehrung ſelbſt / an ſtatt eines Urtheils eröffnet. Berlich. *1. concluſ. 59.* Tunc enim, ſaltem per querelam extraordinariam, propter admiſſum errorem, illius retractatio peti forſan poſſet: non ſi judex eam ſuo nomine protulit, quamvis ad judicium peritorum, auf gehabten Raht; ne occaſio detur ſemper ſententias retractandi. v. tamen Treutler. *vol. 2. diſp. 23. theſ. 2. lit. B.* ibique Dn. Bachov.

Porro ſententia non reſcinditur, propter inſtrumenta noviter reperta. *l. ſub ſpecie. 4. C. d. re judic. l. Imperator. 35. ff. eod.* Idque Fachinæus, *lib. 1. cap. 51.* etiam eouſque extendit, ut nec reſtitutio concedatur, quamvis quis ex juſta & probabili ignorantia non produxerit illa inſtrumenta. Quod tamen non extendendum eſt ad privilegiatas perſonas. Fachin. *d. l. 1. cap 53.*

Sententia autem lata, ex probationibus à lege reprobatis, aut ex teſtibus, qui non admiſſibiles exiſtunt, pro nulla reputatur. Magon. *deciſ 39.*

Sic pariter ſententia lata à pluribus judicibus, quorum alter inhabilis vel non competens erat, nullitatis vitio laborare cenſetur. *c. cùm ſuper d. officio delegati.* Maſtrill. *deciſ. 27.* ubi *num. 3.* ex Bongiorno refert, ſententiam eſſe nullam, etiamſi prolata foret ut ab ordinario; propter adjunctionem perſonarum aliarum, non Collegarum. Quod tamen Maſtrillus non omninò probat.

Tandem etiam contumax, de nullitate conqueri poteſt: Meichſner. *tom. 2. lib. 2. deciſ. 1. fol. 53. & ſeq.* quamvis eidem appellatio ſit denegata, & is quoque neque ſupplicare, nec reſtitutionem petere poſſit; ut dixi *in tr. d. Appell. c. 6. §. 4. f. 193 & ſeq.*

Ratio

Ratio autem diverſitatis, cur contumax non appellare, ſupplicare, aut reſtitutionem petere; nullitatis verò querelam intentare poſſit, conſiſtit in eo, quòd tria illa remedia reſciſſoria ſint: at verò de non ente & nullo, nullus actus poſitivus, qualis eſt reſciſſio, prædicari poteſt. Namque illa tria remedia reſciſſoria, adimuntur contumaci, ut in pœnam contumaciæ, ſententia retractari nequeat, ſed quod nullum eſt, retractari nequit: cùm perindè habeatur, ac ſi factum omninò non fuiſſet. Vant. *tit. quotius & intra quod tempus. num. 16.* ſicque ratio legis, ob quam contumax privatur appellatione, non militat in querela nullitatis, ſicut militat in reſtitutione & ſupplicatione.

Et inprimis defectus juriſdictionis, contumaci non obſtat, quò minùs de nullitate conqueri poſſit. *per l. fin. ff. d. iuriſd.*

13. De ſententiæ executione.

SEntentiæ executio vel per modum actionis, vel judicis officio implorato peti ſolet. Meichſner. *lib. 1. deciſ. 28.*

Et de jure, duo remedia pro executione ſententiæ competunt, quorum primum eſt, actio in factum judicati; vel, ut alii loquuntur, actio judicati executoria, de qua loquitur. *l. ordo rei. 3. C. d. execut. rei iud. l. actori 8 C. d. iureiur. & l. milu. 6. §. fin. ff. de re iudic.* Alterum verò merum officium judicis nobile, quod nulli actioni principaliter intentatæ deſervit. Jaſ. *in l. intra dies. num. 4. de re iudic.* Cùm mox à fronte & rectâ viâ petitur executio; de quibus remediis tractat Joh. Bapt. Aſmius. *§. 31 cap. 2. num. 3. & ſeqq.* Ferrar. *in forma executionis ſent. definiti verb. ſapiens & egregius. num. 13* Mynſ. *reſponſ. 6. num 7. decad. 1.*

Variæ porrò contra ſententiam exequendam opponi poſſunt exceptiones: eaque de re integer, & utilis admodum extat Tractatus Vincentii Carocii, *d. remediis contra præiudic. ſententias vel. damnoſas executiones*, inſcriptus.

Sciendum etiam eſt, exceptiones altiorem indaginem requirentes, haud impedire executionem. Et omnes aliæ exceptiones, dicuntur requirere altiorem indaginem, præter illas, quæ notoriè reſultant ex actis, & (ut Practici dicunt) ex ventre proceſſus: quia iſtæ exceptiones retardant executionem, & poſſunt cognoſci per judicem exequentem, tanquam reſultantes ex actis. Rip. *poſt alios, in l. 4. §. condemnatum. ff. d. re iudic. num. 15.* cùm nulla

Digitized by Google

nulla tunc calumnia, pro ſententiæ executione conſiderari poſſit. Soc. Sen. *conſ. 78. lib. 3.* ubi hanc opinionem communem appellat. Joſ. Ludovic. *deciſ. Lucenſ. 24.*

Num verò & quatenus iudex, cui executio demandatur, ſuper obiectis contra executionem cognoſcere poſſit? eleganter diſtinguendo enodat Peguera, *deciſion. 182.*

Liquidationis etiam punctum, præcedere debet executionem: *l. hac autem. 5. §. 1 ff. ex quibus cauſ. in poſſ. eatur.* competitque condemnato retentio rei, liquidatione pendente. Peguer. *deciſ. 179.* Hier. Magon. *deciſ. Lucenſ. 3.* Quia ante liquidationem, non dicitur debitor in mora conſtitutus. Gravett. *conſil. 89. incip. nobiliſſ. num. 5.*

Et cautela eſt evitandi executionem, ut debitor quod liquidum eſt deponat, & illiquidum ſe caveat ſoluturum. Magon. *d. deciſ. in fin.*

24. *An Creditor, cui ſub conditione quid debetur, in poſſeſſionem mitti poſſit?*

IN poſſeſſionem ex primo decreto (rei ſcilicet ſervandæ cauſa) mitti ſolent Creditores, etſi ſub conditione pecunia eis debita ſit, vel promiſſa. *l. poſſeſſionem. 6. in pr. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eatur.* Quod tamen ita eſt intelligendum, ut bona ejuſmodi debitoris latitantis, antequam dies vel conditio veniat, venire non poſſint. *l. Fulcinius. 7. §. ſi in diem. 14. ff. d. t.* Sicq; non obſtat. *l. pen. §. ult. t. eod.* ubi Paulus reſpondet: *Creditor conditionalis, in poſſeſſionem non mittitur; quia is mittitur, qui poteſt bona ex edicto vendere.* Hæc n. verba intelligenda ſunt de ſecundo decreto. Qui verò ex primo decreto detinet rem, ejus ſolùm cuſtodiam & obſervationem, non veram poſſeſſionem habet. *l. cum legatorum. 7. eod. tit.* vide Cujac. *lib. 10. obſ. cap. 32.* Pac. *cent. 7. quæſt. 11.*

25. *De bonorum ceſſione.*

STatuta illa, quæ debitoribus bonorum denegant ceſſionem; ejuſque loco carceres (den Schuldthurn) vel addictionem ipſius perſonæ inducunt: in debitoribus non doloſis, iniqua eſſe videntur. vide Hotom. *illuſtr. 26.* Teſſaur. *deciſ. 36. & deciſ. 182. in fin* Alex. ab Alex. *lib. 6. genial. cap. 10.* ubi Tiraquell. Coler. *d. proceſſ. execut. part. 1. cap. 9. num. 28. &c.* Moller. *1 ſemeſtr. cap. 36.* Mo-

 lin.

Digitized by Google

lin. *d. inſt. & iur. 2. diſput. 571. &c.* Unde & Parlamentum Gallicanum, caſſavit renunciationem juratam beneficii ceſſionis: etiam ſine abſolutione à juramento. Joh. Papon. *lib. 10. tit. 10. arreſt. 3.* Adde praxin Banccæruptorum, & Maſtygen Fallitorum Danielis Sauterii. Et quoque ex vigore Hiſpanicarum legum, ii qui ad bonorum ceſſionem admittuntur, debent publico præconio tubarum per civitatem, vel locum in quo juraverint publicari, ſe non eſſe ſolvendo, ut de cætero nemo ab illis decipiatur. Lucæ in Italia, fulvum pileum geſtare coguntur. Magon. *deciſ. Lucenſ. 88.*

Ac quoque bonis cedere poteſt, qui fiſco ex aliquo contractu vel quaſi, quippiam debet. *l. 1. & tot. tit. ff. & C. d. ceſſio. bonor.* Peguer. *deciſ. 68. num. 8.*

At quando quis ex delicto eſt obligatus, ſive ſit debitor fiſci, ſive privatorum, haud poteſt cedere bonis (ne delictum maneat impunitum) ſed cùm in ære non habet, in corpore luere debet. *l. ſi quis id. 7. ff. d. iuriſd. l. 1. § fin. ff d. pœnis. l. fin. ff. d. in ius vocando. l. quicunq; 4. C. de ſervis fugitivis.* Peguer. *deciſ. 6. & d. deciſ. 68.*

Quidam tamen beneficium habent, ut ex ipſorum debitis deducatur, ne egeant, ſive ut ſolùm teneantur, in quantum facere poſſunt. Hocq; beneficium competit quoq; marito, adverſus uxoris hæredes. *l. maritum. 12. l. ſi mariti. 43. l. alia. 14. §. eleganter. 1. ff. ſoluto matrim.* Maſtrill. *deciſ. 93.* Licet enim hæredes uxoris, non teneantur ad reverentiam marito; tamen maritus conſervat ſibi privilegium, quod habet contra uxorem, cui tenebatur ad dotis reſtitutionem: nec illud amittit ſine facto proprio, ob mortem mulieris; aliàs fieret conditio mariti deterior ob mortem uxoris, vel ex ceſſione jurium, quam poſt divortium poſſet uxor facere. Et Doctores loquuntur in omni caſu, quo agitur ex perſona uxoris, & illa repræſentatur: unde exceptio, quæ obſtaret uxori, ſi ageret contra maritum, obſtabit ejus hæredi.

Aliud tamen dicendum eſt, quando maritus ab aliis, quàm ab uxore, ejuſve hæredibus, dotis nomine convenitur.

Si verò Creditoribus, feudi fructus ſunt adjudicati; vaſallo debitori non præſtanda ſunt alimenta. Andr. Schæffer. *lib. 3. quæſt. 14.* Sed tamen ante omnia, ex fructibus feudi, deducendi ſunt ſumptus, quibus debita ſervitia domino præſtentur.

16. De

Digitized by Google

16. De alienatis in fraudem Creditorum.

IN fraudem Creditorum alienata, intra annum, una cum ſua cauſa revocantur ab accipiente, fraudis non ignaro. Niſi poſſideat ex cauſa lucrativa (putà ex donatione, aut legato) tum enim indiſtinctè (etiamſi ignorarit donantem haud eſſe ſolvendo) tenetur. Ac etiam in id, quo locupletior eſt factus. *l. 6. §. 8. & 11. ff. quæ in fraud. creditor.* vide Cujac. *lib. 12. obſ. cap. 5.* Weſemb. *in Paratitl. ff. d. t. num. 6.*

Sanè qui ſibi vigilat, ſuumque recipit; ac id quod ſolvendum debitor authoritate magiſtratus poterat cogi, fraudem facere non videtur: *l. 6. §. apud Labeonem 6. l. illud. 13. ff. d. t.* niſi id fiat poſt bona jam à creditoribus poſſeſſa. *d. l. 6. §. ſciendum. 7.*

17. De tacitis hypothecis.

IS qui ad domus vel mercium emptionem, pecuniam mutuò dedit: non jus tacitæ hypothecæ, ſed duntaxat privilegium perſonale habet. *l. quod quis navis. 19. ubi Gloſſ. ff. de privileg. creditor.* Rauchbar. *lib. 1. quaſt. 5.* Et dixi etiam *ſuprà, ad lib. 20. ff. quaſt. 3.*

Cautè ergo creditor hoc in caſu agit, ſi ſibi conſtitui curet ſpecialem in tali re empta hypothecam: eoque caſu generalem antiquiorem hypothecam habentibus, præferri videtur.

Nec obſtat *Nov. 97. cap. 3. in princ.* Ibi enim quod de eo, qui propriis pecuniis agrum emi procuraverit ſancitur; intelligendum eſt de appoſito pacto, ut ille ager ſibi numeranti obligetur: quod gloſſa ibidem monet.

Similiter qui in re vendita ſibi pignus reſervavit, omnibus aliis utcunque privilegiatis, præfertur. Rauchbar. *lib. 1. quaſt. 6.* Cenſetur enim res vendita conditionaliter, & non niſi cum onere reſervatæ hypothecæ, ad emptorem tranſire.

18. Creditor, cui res adjudicata fuit, an eam pro alio debito retinere poſſit?

ET certè creditor pro eo credito, pro quo non eſt immiſſus, retentione uti nequit. Dd. adducti à Maſtrillo, *lib. 1. deciſ. 81. num. 1.* Qui tamen in contrariam opinionem, inclinat, & ſubdit; dolo notari debitorem, repetentem pignus prætorium & judiciale, & nolentem ſolvere aliud debitum, quod debet. Sed ego

Digitized by Google

Sanè apud pleroſque receptum eſt, ad recuperandæ poſſeſſionis interdicta, potiſſimùm momentariam cauſam ſpectâſſe. Nam conſtitutiones, quæ de momento loquuntur, non de alia quàm de recuperanda poſſeſſione debent intelligi. *l. 1. C. Theodoſ. unde vi. l. 1. C. ſi per vim vel alio modo. l. fin. C. qui legit. in iudic. ſtandi perſon. non hab. l. unic. C. ubi de poſſeſſ. l. unic. C. ſi de moment. poſſeſſ. fuerit appellat. l. 8. C. unde vi.* Unde Iſidorus definit momentum, quòd ſit celeris reformatio, quo dejectus reſtituatur. Hodiè ex conſuetudine, ſummarium dicunt retinendæ, quod extraordinario proceſſu petitur. Vult. *ad d. l. un. C. ubi de poſſ. n. 32.* Quòd autem olim etiam poſſeſſorium aliquod fuerit ſumarium, ſive momentaneum, probat *l. momentaria. 8. C. unde vi. l. ſi ab eo 7. §. fin. de liberali cauſa. l. properandum. 13. § cenſemus. Cod. de iudic. l. fin. C. qui legit. perſon. ſtandi in iud. c. cùm veniſſet. extr. de Inſtit.*

Et certè momentaneum poſſeſſorium, à pleno poſſeſſorio differt. Illoque ventilato, adhuc locus eſt poſſeſſorio, quod plenarium vocant. Meichſner. *tom. 3. deciſ. 10.*

Ac item in momentaneo poſſeſſorio, procedendum eſt ſummariè, abſque libello & litis conteſtatione. Caſtrenſ. *conſil. 3. per tot. vol. 2.* Quòdq; poſſeſſorium duplex ſit, ordinarium ſive plenarium, & ſummarium ſive extraordinarium; docet etiam Gail. *lib. 1. obſ. 7.* Taleque poſſeſſorium eſt, quod intentatur ex Imperii conſtitutione, ſuper litigioſa poſſeſſione. Gail. *d. obſ. 5. & ſeq.* Meichſner. *d. deciſ. 10.*

2. *De interdicto quorum legatorum.*

INterdictum quorum legatorum, datur omni hæredi adverſus omnem legatarium vel fideicommiſſarium; ut rem propriâ authoritate occupatam reſtituat, aut in id, quod intereſt, condemnetur. *l. 1. in pr. & §. 2. ff. l. unic. C. quor. legator.*

Et datur hocce interdictum non ſolùm eo fine, ut hæres Falcidiam detrahere poſſit, ſed & ne is, ob hæreditatem ære alieno gravatam, ſentiat damnum. Treutl. *vol. 2. diſp. 25. th. 2. à pr.*

Et datur etiam interdictum illud contra eum, qui officio judicis & per viam executivam, legati poſſeſſionem eſt conſecutus. Treutl. *d. l. lit. B. & ibi* Bachov.

Et datur etiam hoc interdictum contra donatarium mortis cauſâ: *l. 1. §. 5. ff. quod. legator.* vide Arum. *diſp. ad ll. præcip. 21. th. 13.*

 ſi mo-

ſi modò illa donatio in finib⁹ conventionis ſubſiſtat, nec donantis traditione perfecta fiet. Bachov. *ad Treutl. vol. 2. diſp. 19. theſ. ult. lit. B.* ubi etiam reſpondet *ad l. cùm pater. 77. §. 2. d. legat. 2.*

3. *Interdictum uti poſsidetis.*

INterdictum *uti poſſidetis*, proditum eſt, pro retinenda turbata poſſeſſione: nec ideò competit dejecto. Arum. *d. diſp. 21. th. 15.* Atque ideò ſemper & ubique prohibitorium, & nunquam reſtitutorium interdictum appellatur. *l. 1. ff. uti poſſidetis.*

Sic etiam conventus interdicto *unde vi*, haud poteſt per reconventionem inſtituere interdictum *uti poſſidetis*. Roſacorb. *praxi for. cap. 92. n. 18. & c* Namq; *per c. veniens. extr. d. præſcrpt.* probari poteſt, quòd benè quidem conventus *uti poſſidetis*, poſſit actorem reconvenire interdicto *unde vi*, & ſuper eadem re; quod etiam Abbas *ibid. num. 4.* benè notandum putat: ſed quod ſpoliatus reconveniri poſſit *uti poſſidetis*, omnia jura reclamant, niſi de alia ſpolatione *text. c. fin. & c. cùm dilectus de ord. cog.*

Porrò interdicto huic locus quoque eſt, in juribus incorporalibus. Meichſn. *tom 4. deciſ. 2.* Quamvis enim rerum incorpolium, nulla propriè turbatio vel ſpoliatio ſit, attamen eorum uſus cum patientia adverſarii, pro poſſeſſione vel quaſi habetur. *Br. in l. 3. §. unde vi. num. 3. ff. d. vi & vi armata. & in l. 1. §. hujus. a. 2. ff. uti poſſidetis.* Et idem Meichſn. *tom. 4. deciſ. 18.* conſulit, quomodo in perceptione annui reditus turbato ſubveniatur, utili nempe interdicto uti poſſidetis.

Requiſita autem & practicam hujus interdicti, tradunt Schrader. *conſ. 22.* Meichſner. *tom. 1. deciſ. 42. & tom. 3. deciſ. 1.* ac quoque *tom. 4. deciſ. 2.*

4. *De conſtitutione pignorationis.*

COnſtitutio pignorationis (auff die Pfandung) protuenda magis quàm recuperanda poſſeſſione, prodita eſt. Roſacorb. *c. 54* Et certè ejus conſtitutionis requiſita exactè ſunt narranda, ſi quis mandatum ſine clauſula impetrare velit. Roſacorb. *c. 14.* ubi idem *num 15.* monet, pignorationes cum arreſtis, ac item religionis cauſam, cum pignorationibus non eſſe confundendam. Viderique poteſt Meichſnerus, qui egregiè de materia pignorationum agit, *tom 1 lib. 1. deciſ 41. 43. 44 & ult. & eodem tomo, lib. 2. deciſ. 1. item. tom. 2. lib. 1. deciſ. pen. & ult.*

Quan-

Quando item in materia pignorationum, & interdicto retinendæ, uterque ſe contendit poſſidere in ſolidum; & adſit æqualitas probationum: in judicis arbitrio poſitum videtur, quid pronunciare velit. vide Meichſn. *tom. 3. deciſ. 3.*

5. De canone redintegranda.

REmedium *Canonis redintegrandæ*, ſine ullo perſonarum & rerum diſcrimine, ſpoliato datur: Menoch. *recup. remed. 15. n. 13.* & idem *conſil. 1. in cauſ. Finar. num. 8.* ac etiam contra quemcunque poſſeſſorem. Gail. *2. obſ. 75. num. 10. &c.* Mynſing. *cent. 3. obſ. 85.* Decian. *conſil. 25. num. 27. tom. 3.*

Competit ergò etiam pro penſionibus denegatis. Roſac. *c. 36.* Magon. *deciſ. Lucenſ. 4.* ubi tamen dicit, ſpoliatum penſione prætеritâ, docere debere de jure ſuo, antequam ei penſio adjudicetur: ſi ejus poſſeſſio non fuerit recens, & haud longo tempore duraverit retrò. Tractat quoque *ibid. num. 15.* quid de hæredibus ſit ſentiendum. Sed ſunt tamen nonnulli, qui in præſtationibus perſonalibus, poſſeſſorio locum non eſſe contendant. Vide Menoch. *recup. poſſ. remed. 1. num. 88.* Coraſ. *in l. naturaliter. §. nihil. ff. de acquir. poſſ. num. 14. fol. 936.*

Hoc inſuper remedio rectè experitur itidem is, qui ab officio eſt remotus. Capyc. *deciſ. 17.* Meichſn. *tom. 4. deciſ. 33.* Arum. *lib. 2. deciſ. 13.*

In hoc denique remedio, habetur ratio fructuum perceptorum ac percipiendorum; damnorum quoque & intereſſe. Meichſ. *tom. 4. deciſ. 19.* ubi tamen notat, ſi ſpoliator habeat aliquam cauſam rationabilem, vel colorem ſaltem, quare fecerit ſpoliationem; tunc non fieri condemnationem ad fructus qui percipi potuiſſent, ſed ſolùm ad fructus perceptos, damna, intereſſe, & expenſas.

6. De exceptionibus?

REus, pluribus exceptionibus uti poteſt; etiam diverſis: *l. nemo. 8. & ibi* Gothofr. *ff. d. except.* v. Zaſium, *ad l. decem ſtipulatus à Titio. 116. num. 18. d. Verb. Oblig.* Everhard. *loc. à privat. ad habit.* non tamen contrariis. Berens. *diſput. 17. theſ. 1.*

Nihil quidem vetat, quò minùs reus debitum negare, & pactum de non petendo excipiendo opponere queat. *l. nemo. 43. d. Reg.*

Digitized by Google

d. Reg. Iur. ſed tamen ejuſmodi exceptiones, ſub conditione deducere oportet. Menoch. *2. præſumpt. 42. n. 2.* vid. Ummium. *diſp. ad proceſſ. 8. num. 67.*

Dilatoriæ exceptiones, ante litem conteſtatam regulariter ſunt opponendæ. *c. 4. extr. de except.* Et ſic exceptio procuratoria, quæ opponitur procuratori actoris, ratione ſatiſdationis de rato non præſtitæ; debet opponi ante litem conteſtatam. Sic etiam exceptio procuratoria, quæ procuratori Rei objicitur, de cautione judicatum ſolvi non præſtita, ante litem conteſtatam eſt allegenda. Et ſi adverſarius eam ante litis conteſtationem petere neglexerit, poſtea eam petere non poteſt. *l. Pomponius, 40. §. pen. ff. de procur. l. un. C. de ſatiſd.* Bronch. *ἐναντ. cent. 4. aſſert. 29.*

Quodque dicitur *in l. licet. 24. C. de procuratorib.* exceptionem falſi procuratoris, etiam poſt ſententiam opponi poſſe: hoc intelligendum eſt, ſi in vim exceptionis nullitatis opponatur, quâ uti etiam poſt ſententiam quimus.

Viciſſim peremptoriæ exceptiones, non ante, ſed demum poſt litem conteſtatam ſunt opponendæ, *ut contra Donell. probat idem* Bronchorſt. *d. cent. 4. aſſert. 27.*

Haſque exceptiones, ut ante ſententiam quocunque tempore opponere licet: ita poſt ſententiam opponi non poſſunt, niſi ab ea ſit appellatum. *l. 2. C. ſententiam reſcindi non poſſe. l. 4. l. 8. C. de exceptionibus.* Bronchorſt. *d. cent. 4 aſſert. 28.*

Quædam verò exceptiones privilegiatæ dicuntur; eò quòd omni tempore proponi poſſint: tam poſt ſcilicet, quàm ante litem conteſtatam, in vim dilatoriarum. Et talis eſt exceptio litis finitæ, exceptio præſcriptionis, rei judicatæ, &c. Schrad. *conſ. 41.*

Tandem exceptio judicis ſuſpecti, jure quoque civili contra ordinarium opponi poteſt. *l. 12. C. de judiciis.* Treutl. *diſp. 12. th. 11. in fin. vol. 1.* & ibi Bachov.

Sanè ut quis coram ſuſpecto judice litigare cogatur, rationi & æquitati repugnat: neque ſatis conſultum eſt parti, ſi etiam cum alio, ſuſpecto judici cauſam cognoſcere & decidere permittatur, quod conſtituit Juſtin. *in Auth. ſi verò, C. de judic.*

Et videtur hîc ſibi non ſatis conſtitiſſe Juſtin. quippe qui *in Novell 96. cap. 2. & Nov. 53. cap. 3.* (quæ loca ad delegatum non videntur poſſe reſtringi) in genere conſtituit, eum, qui judicem ſuſpectum dicit, poſſe alium mereri. Poterit igitur & ordinarius judex

Digitized by Google

judex recuſari, ſed alio fortaſſis effectu & modo: ut vel cauſam mandare cogatur, *arg. l. prætor. 17. d. iuriſdict.* Aut uti cauſa recuſationis exprimatur, & cauſa gravior requiratur: aut etiam ſuperior adeatur, & ab eo alius judex imperretur.

7. *De actionibus.*

VErbis definitionis actionis, traditæ à Juſtiniano *in pr. tit. Inſt. de actionibus: ut & in l. Nihil aliud. 51. d. oblig. & Act.* omnis actio, tam realis quàm perſonalis comprehenditur. Neque opus eſt cum Hotomanno, Barone, A. Fabro &c. addere ea verba definitioni, quòd ſit jus perſequendi judicio, quod ſibi debetur, *vel ſuum eſt:* ut etiam realem actionem complectatur. Verbum enim *debet,* hîc latè, generaliter, ἐν πλάτει accipi oportet, ut comprehendat etiam actiones reales, quibus petimus id quod noſtrum eſt. *l. actionum. 25. ff. d. obligat. & actionibus.* Illud enim quod noſtrum eſt, & cujus domini ſumus, hactenus nobis debetur, quatenus adverſarius ad id reſtituendum nobis eſt obſtrictus. Bronchorſt, *cent. 4. aſſert. 30.*

Et quando poſſeſſor rei alienæ, dominum ſe eſſe dicit, ex eo facto obligatur, ut reus fieri mereatur *l. Actionum. 25. de oblig. & act.* ceu obligatus lege; quod ipſum & confirmat vox *perſequendi,* perſecutio ſiquidem plus eſt quàm actio, vel petitio; dum infertur in rem vel perſonam, rei perſequendæ gratiâ. *d. l. 25.* Lyclam. *3. membr. eclog. ult.*

Actio autem civilis & criminalis, nequeunt cumulari. Maranta, *in ſpecul. part. 4. num. 20.* Br. *in l. 2. §. 1. ff. d. vi. bonor. raptor.* Magon. *deciſ. Lucenſ. 91.* ubi ex Bart. referr, etiam in materia furti, in tantum eſſe à jure prohibitam cumulationem civilis & criminalis actionis; & quod ſi quis non incidenter officio judicis implorato, ſed æquè principaliter in judicio criminaliter moto, petat delinquentem condemnari ad rerum reſtitutionem, ſit tale judicium nullum.

8. *De ſtipulationibus.*

DE ſtipulationibus latè agunt Joh. Bologn. *ad tit. ff. de verbor. obligat.* ut & Lud. Molina. *de inſtit. & iur. tom 2. diſp. 267.*

Et quamvis hodie de conſuetudine, approbatâ etiam in municipali Würtembergico jure, pacta quoque nuda, alles bedächt-

 liche

liche verſprechen/ actionem producant: & tamen adhuc hodie, ſtipulationum reliquus aliquis eſt uſus. Arumæ. *diſput. ad ll. præcip. 22.* Inprimis autem tituli *in ff. de verbor. obligat. & in Cod. de contrahend. & committend. ſtipulat.* non ſunt negligendi, utpote in quibus tota ferè materia contractuum explicatur; cùm omnia pacta & conventiones ad hunc contractum deduci poſſint; ita ut ex Jaſon. referat Schneidew. *ad rubr. tit. Inſtit. de verbor. obligat.* eum, qui benè ſciat iſtos titulos, non poſſe eſſe niſi optimum Legiſtam.

Non autem alteri quimus ſtipulari. *l. quæcunque. 11. d. oblig. & actio. l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. 17. ff. de verbor. obligat. §. ſi quis alii. 4. Inſt. de inutil. ſtipulat.*

Quod autem pietatis & religionis ergò confertur, donando, pollicendo, paciſcendo, legem dicendo, & ſtipulando, quilibet etiam abſque ſolenni juris formula, cavere & acquirere poteſt. Pfeil. *conſil. 35.* ubi approbat reditus annui emptionem, cum civitate quadam eâ conditione initam, ut ſe vivente, ſibi; poſt mortem verò, Scholæ ejuſdem civitatis exſolvatur.

Conſuetudine itidem induci poteſt, quòd quis tertio etiam abſenti ſtipuletur. Coler. *part. 2. de proceſſib. exec. c. 3. num. 394.*

Si me viginti interrogante, tu decem reſpondeas, obligatio in decem erit contracta. *l. 1. §. 4. ff. de verbor. obligat.* Arum. *diſp. 22. th. 4.* Paci. *cent. 7. quæſt. 24.*

Manifeſtiſſimum enim eſt, viginti decem ineſſe, idque vi ac poteſtate quantitatum & ſummarum, quæ ab invicem eſſentia differunt; qui enim ſtipulatur 20. ſtipulatur 10. & 10. ſive igitur 20. ſive 10. promittantur, ſemper id promittitur, quod in ſtipulationem deductum eſt. Sunt autem quodammodo duæ ſtipulationes, una utilis, altera inutilis, neque vitiatur utilis per inutilem.

Nec impedit *§. præterea. 5. Inſtit. de inutilib. ſtipulat.* non enim ille ita eſt intelligendus, quaſi ſimpliciter non valeat ſtipulatio, ſi quis decem aureos ſtipulanti, quinque promittat: ſed ut ex parte tantùm ſit inutilis, nempe quoad excedentem ſummam. Et ſimile eſt, quod tradit idem Imperator: *Inſtit. de mand. §. is, qui exequitur.* procuratorem, qui mandati finem excedit, non habere actionem mandati; mox enim quærit, an poſſit agere pro parte, & hoc admittit.

Quare

Digitized by Google

Quare illud, non dari actionem mandati ei, qui mandati fines exceſſit, neceſſè eſt ita intelligere, ut eatenus non habeat actionem, quatenus exceſſit: ſed uſque ad ſummam permiſſam, ac mandato contentam rectè aget.

Stipulationes turpes, regulariter ipſo jure inutiles cenſentur. *l. non ſolùm. 31. d. obligat & actio. l. Si Flagitii 123. d. verbor. obligat. l. 7. §. ſi ob maleficium. 3. ff. de pactis.* Arumæ. *dict. diſputat. 22. theſ. 8.* Paci. *cent. 7. quaſt. 28* Nec obſtat *l. penult. ff. de condict. ob turpem cauſam.* intelligenda enim eſt eo de caſu, ubi dubia & incerta eſt turpitudo.

Tandem in faciendi obligationibus promiſſor præſtando intereſſe liberatur. *l. ſi quis ab alio. 13. §. 1. d. re iudic.* Coraſ. *lib. 2. miſcellan. cap. 3.* latè Gæddæus. *in tr. de ſtipulationib. c. 9. num. 16. &c.* ubi contrariis abundè ſatisfacit.

Quod tamen intelligendum eſt, de ſtipulatione facti valida: nam tunc ſi non facit, ſuccedit intereſſe. Secus quando ſtipulatio non utilis & invalida exiſtit. *l. ſtipulatio iſta 38. in pr. d. V. O. §. ſi quis alium. 3. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* Meichſn. *lib. 1. deciſ. 21.* ubi tamen *num 29.* hoc limitat, ſi quis non ſimpliciter factum alienum, ſed ſe facturum & curaturum promittat, ut tertius aliquid faciat. Tunc enim promitti videtur factum proprium magis, quàm alienum.

Aliàs autem nec fidejubendo etiam, factum alienum promitti poteſt. *l. ſicut. 66 de fideiuſſorib.*

Porrò certum eſt, ſimplicem promiſſionem facti alieni, de jure canonico reduci ad illam, qua quis ſe curaturum & facturum promittit, quod alter faciat; ita ſentit Felin. *in c. ex. reſcripto d. iureiur.* Abbas & Præpoſit. *in c. ex literis extr. de ſponſalib.* & probatur authoritate gloſſ. *in c. Eleutherius. 91. diſtinct.* & ſequuntur Jaſ. Zaſ. *in d l. ſtipulatio iſta. in pr. ff. d. verb. obligat.* Et hanc opinionem dicit communem Covarruv *in 2. part. Relect. §. 5. num. 1. d. pact.*

Et confert hæc conſideratio ad illum caſum, quando maritus in pactis dotalibus promittit, ſe curaturum, ut uxor in favorem familiæ, recunciet bonis paternis.

LIBER XLVI.

1. *De Fidejuſſoribus.*

Fidejuſſor ſe obligans ut principalem, nihilominus beneficio ordinis uti poteſt: niſi hoc faciat animo novandi. *l. fin. C. de novationib.* Contra communem Arum. *diſp. ad ll. pracip. th. 5.*

Nec urget, quòd Gail. *2 obſ. 28. num. 3.* & alii contrariam opinionem defendentes, regerunt, nullam clauſulam verbumque abſque effectu eſſe debere. *l. 109. de legat. 1.* Satis enim illa verba operantur, ſi ſecundùm naturam obligationis, legiſque conſtitutionis intelligantur. Cumque ſecundùm naturam obligationis fidejuſſoriæ ſit, ut prius principalis excutiatur; & *Nov. 4. cap. 1.* ſpecialiter hoc beneficium indulſerit fidejuſſoribus, ei non niſi expreſſè renunciari poteſt.

Ex quo porrò ſequitur, nec etiam per juramentum hocce beneficium tolli. Schæffer. *lib. 3. quæſt. 7.* Moller. *lib. 1. ſemeſter. cap. 6.* Juramentum enim, non ampliat; ſed ſolùm aſtringit, & fortiorem reddit obligationem.

Exceptio autem ordinis ſive excuſſionis, dilatoria tantùm eſt; nec poſt litis conteſtationem opponi poteſt. Fachin *libr. 8. cap. 52.* Græv. *lib. 2. concluſ. 27. conſiderat. 10.* Caroc. *in tract. de excuſſione ſingulari.*

Idque dico, conſiderando naturam dilatoriæ exceptionis; quæ ſaltem differt actiones ad tempus, non perimit *l. 3. d. except. §. 10. Inſtitut. eod.*

Hanc autem exceptionem non perimere, ſed differre ſaltem, donec principalis excuſſus fuerit, nemo ſanus negabit, *arg. d. l. 3.*

Cùm autem fidejuſſor diu ſtetit in obligatione, & patitur damna, ratione fidejuſſionis: compellere poteſt principalem, ut eum relevet ab obligatione. Peguera. *deciſ. 190.* ubi ex Guidone Papæ refert, in tribus caſibus, fidejuſſorem poſſe agere contra principalem debitorem, ut eum liberet ab obligatione (1) quando diu ſteterit in obligatione. (2) ſi debitor incipit bona ſua diſſipare (3) ſi fuerit condemnatus ad ſolvendum debitum, pro quo fidejuſſor exiſtit, de quibus vide text. *in c. fin extra de fideiuſſor. ut & ex l. pro ea. Codic. mandati. & ibi gloſſ. in verb.*

fece.

fecerit, in qua unà cum dicta gloſſ. additur aliquis quartus caſus videlicet quando eſſet conventum inter reum & ipſum, quod poſſit agere quandocunque, &c. Licet regulariter fidejuſſor mandati actionem non habeat adverſus reum, priuſquam ſolvat vel condemnatus ſit: hæc tamen regula non procedit, quando fidejuſſor diu in obligatione ſtetit. *l. Lucius. §. fideiuſſor. ff. mandati. & c. fin extr. eod.* Hoc enim caſu etiam ante ſolutionem vel condemnationem, fidejuſſor agere poteſt. Meichſner. *tom. 1. lib. 1. deciſ. 21.*

Et quamvis nonnulli Dd. tradant, fidejuſſorem diu in obligatione ſtetiſſe cenſeri, ſi ante biennium, alii ſi ante decennium fidejuſſerit: magis tamen eſt, ut arbitrio judicis hoc relinquatur.

Porro fidejuſſor, qui in plus acceptus eſt, quàm reus debebat, obligatur pro rata. arg. *l. 1. §. 4. ff. d. Verb. Oblig.* Et faciunt à me notata. *ad lib. 45. ff. quæſt. 8.* Lyclama, *lib. 6. membran. ecl. 16* qui tamen, ſi reus mihi debeat decem, & à te ceu futuro ejus fidejuſſore durius; ſive illud in quantitate, ſive qualitate, ſive in tempore & loco conſiſtat, ſtipulatus fuero, tuque illud promiſeris: non fore te obligatum in ulla parte, ſtatuit. arg. *§. 5. Inſtit. de fideiuſſor. l. 8. §. 7. l. 42 ff. eod.* Eò quòd in aliam potiùs obligationem, quàm majorem quantitatem obligatus videatur.

Sententia lata contra principalem, executioni mandatur contra fidejuſſorem judicatum ſolvi, ſine novo proceſſu. *l. 1. ff. iudicatum ſolvi l. fin. C. de uſuris rei iudicatæ.* ubi Br. *num. 2.* rationem aſſignat, quod ſi aliter diceres, ſequeretur, quòd res abiret in infinitum; quia contra fidejuſſorem dares de novo libellum, & ipſe reſponderet per procuratorem, & daret fidejuſſorem judicatum ſolvi, & tunc iterum haberet neceſſe dare libellum contra illum fidejuſſorem: & ſic de ſingulis uſque in infinitum, & nunquam fieret executio. Peguer. *deciſ. 197.*

Si ex pluribus fidejuſſoribus unus ſolvat, is negotiorum geſtorum actionem habet, adverſus reliquos fidejuſſores, ut & ſi fidejuſſor ſolvat pro principali, illud actione mandati repetere poteſt. *l. Papinianus. 28. ff. mandati.*

Et actiones hoc in caſu, à creditore fidejuſſori ſolventi, etiam poſt ſolutionem, cedi poſſunt. vide *l. cùm is. 36 ff. de fideiuſſor.*

Sed nonnulli Doctores diſtinguunt, & dicunt; quòd ubicunque quis nomine illius ſolvit, contra quem ſit ceſſio, aut nomine

Digitized by Google

mine illius & alterius, tunc ceſſio ſit inutilis: ſive fiat ante ſolutionem, ſive in ipſa ſolutione, ſive poſt, interveniẽte pacto vel non. Quia per ſolutionem tollitur omnis obligatio. Daſſel. *conſil. 39.*

Fidejuſſor tamen, ſolvens pro ſuo principali omiſſis exceptionibus principali competentibus, non auditur. *l. exceptione. 67. de fideiuſſor. & ibi Br. l. ſi fideiuſſor 29. ff. mandati.* Magon. *deciſ. 92.*

Sic in culpa dicitur eſſe fidejuſſor, qui neglecta exceptione pendentis appellationis, ſolvit. Grammat. *conſil. 170. incip. pridiè in civili.*

Tandem prorogatione termini, abſque novo fidejuſſoris conſenſu à reo facta, haut liberatio fidejuſſori contingit. Coler. *d. proceſſ. execut. part. 1. cap. 10. num. 298.* contra Gail. *2. obſerv. 30. num 1.* & extat hac de quæſtione diſputatio ſingularis, habita Argentinæ. Aliud tamen quibuſdam placet, ſi fidejuſſor ad certum tempus ſit datus. Moller. *1. ſemeſtr. 17.*

Sed pro explicatione hujus quæſtionis, legi etiam poteſt ſequens Reſponſum, quod nuper rogatus dedi.

CASUS.

ES haben die Wolehrwürdig / Hoch: und Wolgelehrte Herren / Decanus, Cammerer / Deputaten / und andere Mitverwandte deß Capitels R. und O. nun vor etlich Jahren von H. S. zu T. 8. fl. jährlichen Zinß / mit 160. fl. Capital erkaufft / doch ihme / allgemeinem herkommen nach / die Wiederloſung zu thun / alle Jahr frey geſtellet.

Weil und aber die jenige Güter / von welchen ſolcher Zinß zu reichen / deß löblichen Gottshauß zu S. Eygenthum / und deß Innhabers Erblehen ſeynd: Als hat die Fr. Aeptiſſin und Convent, wolehrngedachtes Gottshauß / in einem abſonderlichen Schein / in ſolche Verpfändung / doch mit dieſer Condition, bewilliget / das nach Verflüſſung 8. Jahren / er Lehenträger ſchuldig und verbunden ſeyn ſolle / ſolche Güter dieſer Bürden und eingewilligter Verſazung halber / bey Verliehrung deß Lehens / wiederum zu entledigen.

Nun hat der Gültreicher in ſolchen 8. Jahren / das Capital nicht abgelegt / es ſeynd die Herrn Gültkäuffere auch damit zu frieden geweßt / und haben auff die Ablöſung nicht getrungen.

Würd derowegen gefragt / ob nach Verflieſſung dieſer Zeit / das Underpfand erloſchen: oder noch heut zu Tag / erwehnte Herrn Gült-

Digitized by Google

Bürgkäuffere um ſolch Hauptgut / das benante Vnterpfand excutiren/ ſuchen und beklagen können?

I. N. D. N. J. C.

UNd weil hierüber mein unterſchriebenes / unpartheyiſch und rechtmäſſig Bedencken erfordert würd / als habe ich ſolcher Sach mit allem Fleiß nachgeſunnen / und ſo viel befunden: daß erſtgeſetzte Frag etwas zweifeligs ſcheinen will / in Erwegung nicht wenig Rechtsgelehrten der Meinung ſeynd / daß wann ein Lehenherr in Verpfändung deß Lehens gleichwohlen conſentirt oder bewilliget / doch ſolchen Conſenſum auff gewiſſe Jahr gerichtet / hingegen der Creditor in beſtimmter Zeit auff die Bezahlung nicht tringet / alsdann die hypothecatio oder Verpfändung erloſchen / und ferner das verpfändte Lehen nicht angefochten werden könne.

Quippe Roſenthal. *d. feud. cap. 9. membr. 1. concluſ. 18. num. 22. & ſeqq.* decidit, quod quando domini non ſimpliciter, ſed limitatum conſenſum, puta ad tres, quatuor, aut quinque annos, oppignorationi attribuunt, tunc eum conſenſum ultra illud tempus, in nullo valere. Ideoque Creditores, quibus feuda obligantur, admonet, ut ſibi benè caveant, nec hujuſmodi clauſulas conſenſui inſeri facilè patiantur.

Pariter Andr. Rauchbar. *lib. 2. quaſt. 23.* multis probat, conſenſum Domini vel Judicis, ſuper oppignoratione feudi vel fundi, ad certum tempus præſtitum, elapſo illo tempore extingui: eò quod terminus adjectus regulariter habeatur pro peremptorio & excluſivo, & poſt ejus lapſum diſpoſitiones hujuſmodi finiri & terminari ipſo jure, abſque alia judicis declaratione.

Aber deſſen alles unangeſehen / bin und verbleibe ich einer anderen Meinung. Dann (1) viel anſehenliche Rechtsgelehrten dahin ſchlieſſen / quòd hypotheca cum conſenſu Domini, ad certum tempus in feudo conſtituta: etiam poſt illud tempus, ſine novo conſenſu perduret. Dani. Moller. *lib. 4. ſemeſtr. cap. 24* ubi ad finem ait: illam priorem quidem, in ratione dubitandi propoſitam opinionem, de rigore juris feudalis licet verior videatur; contrariam tamen ſententiam, in cauſa magna & ardua, tribus conformibus ſententiis, & ultima quidem in Camera Imper. lata, eruditiſſimis quibuſdam Advocatis fruſtrà repugnantibus, confirmatam fuiſſe.

Facit

Facit (2) quòd fidejuſſio æquè ut conſenſus Domini, ſtricti juris ſit: *l. quicquid aſtringendæ. 99. d. Verb. Oblig. gloſſ. & Dd. in l. 1. C. d. fideiuſſ.* quòdque Dominus conſentiens loco approbatoris & fidejuſſoris habeatur, Hartm. Piſtor. *lib. 2. quaſt. 49. num. 5. & 11.*

Et tamen æquior & verior ſententia eſt, quòd fidejuſſor, qui tantùm ad certum tempus fidem ſuam obligavit, nihilominus ſemper maneat obligatus (inprimis ratione ſummæ capitalis) etamſi terminus ſolutionis alioquin ſit prorogatus; quod pluribus & nervoſè probat, Anton. Hering. *d fideiuſſor. cap. 20. num. 9. & ſeqq.* Et inprimis utitur hac ratione, quòd adjectio temporis, regulariter definiat dilationem, intra quam promiſſor cogitare debet de facienda ſolutione; non autem ſit modus terminandæ obligationis. *l. obligationum. 44. §. placet. 1. ff. d. obligat. & action. c. cùm dilecti. extr. de dolo & contumac. text. in l. ſed ſi manente. 5. ff. d. precario.* Ubi etiam contrariis reſpondet.

Geſetzt aber / es wäre die in mehrgedachter dubitandi ratione, erwehnte ſententia, æquitati juriſque veritati conſona: So thun wir doch (3) allhie in weit andern terminis verſiren: in Erwegung dieſer Gültkauff / reſpectu der Herrn Gültkäuffere / & ex natura illius contractus, auff ein ewigen Kauff gerichtet. Es iſt auch in ehrngedachter Herrn Gültkäuffer Macht gar nicht geſtanden / dieſe Gült auffzukünden / oder die Gültreicher zu der Abloſung zu tringen: Ja wann gleich ihnen Herrn Gültkäuffern / er Gültreichere verſprochen / innerhalb einer gewiſſen Zeit die Abloſung zu erſtatten / wäre doch ſolches pactum den Reichs Conſtitutionibus, per tradita Andr. Gailii, *lib. 2 obſ. 7. num. 14.* Wie auch der jenigen Meinung / ſo de caſibus conſcientiæ tractiren (prout docet Joh. Parladorius, *lib. 2. rer. quot. cap. 2. num. 16. & ſeq.* & Felicianus d. Solis. *lib. 1. cap. 4. & 7.*) allerdings zuwieder / ſaperetque uſurariam pravitatem.

Cùm ergò conſenſus præſtitus, ſecundum naturam contractus adhibitus cenſeatur: *per l. ſi ſtipulatus 4. verſ. verùm. ff. d. uſuris.* Hartm. Piſtor. *lib. 2. part. 1. quaſt. 12. num. 57.* Sequitur inde, reſpectu creditorum, vel emptorum hujus cenſus, adjectionem temporis ſive annorum, nihil operari potuiſſe.

Wann derowegen die Herrn Gültkäuffere / dieſes Hauptgut innerhalb 8. Jahren nicht einfordern / ſolche Abloſung auch nicht ſtipulirt werden können (ita nimirum ferente naturâ contractûs emptionis venditionis annui reditus) als folgt wol ſchließlich hierauß /

auß/ daß der LehenFrawen conſenſus ad certum tempus reſtrictus, nicht die Herrn Gültkäuffere/ ſondern allein den Gültverkäuffer/ oder debitorem berühren thue.

Daß auch er Gültverkäuffer/ ſeinem Verſprechen nicht nachkommen/ ſolches den Herrn Gültkäuffern in keinen Weg ſchädlich ſeyn könne. Quia nempe dominis emptoribus hujus cenſus (qui utpote agere vel ſortem exigere non potuerunt) haud ulla culpa imputari poteſt.

Auß welchem dann letſtlich/ noch weiter rechtmäſſig erfolgen thut/ daß die Fraw Aeptiſſin/ als Domina Feudi, den Vaſallum zwar der Lehenfälligkeit halben beklagen könne/ aber nichts deſtoweniger/ wann ſie ſolch Lehen ſub hoc prætextu einziehen wolt/ den Herrn Gültkäuffern dieſen ihren Zinß/ oder das Haubtgut/ ein weg als den andern abſtatten/ oder auffs wenigſt die Erbgerechtigkeit/ ſo der Gültverkäuffer gehabt/ ſie Herrn Gült-Käuffere gegen einem andern verkauffen laſſen müßte.

Welches alles ich underſchriebner/ der recht- und Chriſtlichen Billigkeit (doch ſalvo judicio rectiùs ſentientium) in allweg gemeß zu ſeyn erachten thue. Actum 12. Jan. Anno 32.

Chr. Beſold. D.

---

2. *De novatione.*

NOvatio rectè in voluntariam & neceſſariam dividi videtur: & fit illa per ſolam ſtipulationem, hæc per judicii acceptionem, hoc eſt, litis conteſtationem. *l. ult. verſ. & ultimo. C. d. uſuris.* Gæddæ. *d. ſtipulat. cap. 5. num. 70. &c.* Et quidem quandam eſſe non voluntariam, ſive neceſſariam novationem, eamque contingere per litis conteſtationem, liquet inprimis ex oppoſitione illa, *in l. aliam 29. de novationibus.* ubi Paulus ait: *aliam cauſam eſſe novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla oſtendunt, &c.* Nunc ſi nulla eſſet non voluntaria, fruſtra aliquam voluntariam novationem appellaſſet.

Contingit quidem etiam novatio per judicatum, ſed tamen per ſe & propriè non novat; verùm inchoatam & ante per conteſtationem factam novationem continuat & perficit. *l. 2. l. ſi ex duobus. 16. ff. d. duobus reis. l. 3. §. idem ſcribit. 11. ff. d. peculio.* Siquidem cùm actor jus ſuum deducendo in judicium, & hoc intendat,

dat, & jura velint, ut eo ipſo conditionem ſuam faciat meliorem, non deteriorem: *l. non ſolet. 86. l. nemo enim. 87. ff. d. reg. iur.* cenſetur ſub hac conditione litem conteſtando novationem feciſſe, ac transfudiſſe priorem obligationem in hanc judicialem, ſi ſequatur ſententia & res judicata.

Novatio (ut & delegatio) jure novo haud inducitur conjecturis. *l. fin. Cod de novationibus.* Hincque ajunt, licet debitor mandaverit alteri, ut pro ſe ſolvat, non induci tamen delegationem; niſi ſimul conſenſus ejus, cui ſolvendum eſt, accedat, eidemque ſtipulanti delegatus verbis promittat: ita ut origo delegationis ſit mandatum, exitus ſtipulatio, interpoſita novandi cauſa. Arumæ. *lib. 2. deciſ 3. num. 10. &c.*

Sed tamen crebrior, veriorque eorum opinatio eſt, qui conjecturis & argumentis neceſſariis ac evidentibus, etiam jure novo induci novationem volunt. Arumæ. *d. l. num. 25. & ſeqq.*

Aliud tamen dicendum eſt, ſi ſecundo obligatio fiebat ad cautelam, non recedendo à primævis contractibus, nec liberando bona & perſonas aliorum contractum: tunc enim nullam fieri novationem, magis communiter Dd. dicunt, data etiam contractuum incompatibilitate. Maſtrill. *lib. 1. deciſ. 40.*

Sic pariter pœnali ſtipulatione, principalis obligatio haud novatur; putà qui Pamphilum ſibi dari ſtipulatus eſt, ac ſimul ſi datus non eſſet, decem pœnæ nomine ſtipuletur: tam decem, quam Pamphilum petere poteſt. Nec duntaxat pœna, ſed & principalis contractus in ſtipulationem veniſſe videtur. Adrian. Pulvæus, in Opuſculis, *tr. 5.*

3. De ſolutionibus.

Regulariter non permittitur, ut debitor invito creditori, particulatim ſolvat: Hotom. *illuſtr. cap. 20.* Gæddæ. *adl. 32. ff. d. Verb. Signif. l. 85. §. 4. d. Verb. Oblig.* niſi ubi totum, quod petitur, liquidum non exiſtat. vid. *l. 21. ff. d. reb. cred. & l. ult. quib. mod. pign. vel hypotheca ſolvitur.* Ego, *in tr. d. mutuo. cap. 10.* Aut creditor particularem ſolutionem acceptet; quo de caſu accipio. *l. 9. §. 1. de ſolutionib:*

Diſſentit tamen poſt alios, & particularem ſolutionem admittit Helvric. Hunnius, *3. reſolut. tract. 3. part. 1. quaſtion. 11. fol. 873. &c.*

Porro

Porro ſolutio, etiam per præſumptiones probatur: Maſcard. *de probationibus in verb. ſolutio.* maximè ſi ceſſatio longi temporis concurrat. latè Schraderus, *conſ. 24.*

Et tandem in alternativa obligatione, penes debitorem electio eſt, quid ſolvere velit. Moller. *1. ſemeſtr. cap. 27.* Monter. *deciſ. 48.* Conſil. Altorff. *105.*

CINNUS

Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex libr. XLVII. Pandectarum.

TIT. I.

De privatis delictis, eorumque certa nota & ex delicto quis naturaliter ad pœnam obligetur.

DElicta privata, propriè delicta vocitantur, *l. aliud fraus. 131. §. 1. in fin. de V. S. ubi Dd. & Gœdd. num. 28.* Publica ſpeciali appellatione crimina indigitantur. *l. quid ſit. 17. §. noxas; ibi: ex delictis, non publicis criminib. ff. de Ædil. Edict.* Maleficium etiam, frequentiùs de privatis delictis intelligi ſolet: ut & noxa. *d. l quid ſit. l. hac ſtipulatio. 200 de V. S. ubi* Gœdd.

Sed nihilominùs delictum etiam generale nomen eſt, & tam crimeu, quàm maleficium privatum comprehendit, *§. placuit. Inſtitut. de obligat. quæ ex delicto.* ubi is, qui ſine affectu furandi quid committit, extra crimen videri pronuntiatur. Donell. *15. com. cap. 23.*

Hocque intuitu alicubi S. Auguſtinus delictum definit, declinationem à bono, & quâ prætermittitur bonum: quod fit tam in privatis, quàm publicis delictis.

At privatorum delictorum quæ ſit certa nota, non ita expeditum videtur. Magis autem eſt, ut dicamus, delicta privata eſſe, quorum accuſatio vel perſequutio permittitur ei, cui propriè & ſpecialiter intereſſe comperitur: *§. Furti. 15. de oblig. quæ ex delict.* (ei ſcilicet parti, quæ eſt læſa) vel quorum obligatio & actio ad privatam utilitatem refertur. Cujac. *libr. 8. obſerv c. 33.* Duaren. *1. diſput. 36.* & ita communiter tenent omnes. Gomeſ. *c. 1. delictorum. num. 9.*

Quod etiam juris eſt in criminibus illis, quæ extraordinaria dicuntur, & publica diſertè eſſe negantur: *l. 3. de extraordin. crimin.* horumque criminum naturam, delicta etiam privata inducere videntur, quoties pro iis criminaliter agi ſolet. *l. ult. d. privat. delict. l. ult. de furt.* Dn. Bachov. *vol. 2. ad diſputat. Treutler. 30. à princip.*

Hodie omnia multis in locis ſunt immutata: nam in Regno Neapolitano nemo admittitur ad accuſandum, niſi ſuam, vel ſuorum injuriam proſequatur: & ita omnia crimina ibi videntur eſſe privata. E contrario in Regno Franciæ, nemo poteſt criminaliter accuſare, etiamſi ſuam vel ſuorum injuriam vindicare intendat. Meliùs itaque eſt in rebus tam dubiis adhærere ſtatuto, vel conſuetudini loci, & ex ea declarare, quæ dicantur publica, vel privata delicta. Clar. *5. ſent. §. 1 quæſt. 5.* Et item apud nos nullæ ſunt publicæ accuſationes; & plerunque in criminibus proceditur per modum inquiſitionis.

Ex delictis autem non civilem tantùm, ſed & naturalem obligationem oriri, verius videtur. Ar. Pinel. *in auth. niſi tricennalem. num. 31. C. d. bon. matern.* Schneidew. *in princ. de oblig. quæ ex delict. naſc.* Gæddæ. *ad l. 6. in pr. num. 4. axiom. 1. de verb. ſignif.* Hilliger. *ad Donell. 15. cap. 23.* Hector Richerius. *in repet. rubr. d. Verb. Obl. num. 111 & ſeqq.* Sane harmonia exigit univerſi, ut quæ natura deteſtatur, ea etiam abigat, quod nihil aliud eſt, quàm punire. Ac licet nemo liber homo, corpus ac membra ſua, ad pœnam conventione obligare queat: *l. ſi à reo. 71. §. fin. de fideiuſſ. l. liber homo. 13. ad l. Aquil.* peccando tamen & delinquendo, utiq; ea obligat; cùm id faciat, quod fieri non oportet. Idque fit non ex conventione, ſed ex re, hoc eſt ipſo facto. *§. 1. Inſtitut. de obligat. quæ ex delict.* Et tale factum Lex dum prohibet, etiam poſtea punit: cùm illa ſit domina bonorum & corporum noſtrorum. Eique Legi cives expreſſè; Peregrini in territorio verſantes, tacitè ſe ſubjicere cenſentur. *vid. l. ult. Cod. d. collat. fundor Patrimonial.*

Et cùm politia civilis ſit à naturâ, quod jam olim in Præcognitis Politicis, à me edoctum fuit; ea autem ſine pœna ſubſiſtere non poſſit, ſequitur natura æquum eſſe, ut delinquentes puniantur: ſique puniuntur, neceſſe eſt, ut priùs ſint ex delicto obligati Kœppen. *2. obſ. 66.*

Tit.

Digitized by Google

TIT. II.
DE FURTIS.

2. Furtum natura prohibitum eſſe.

Furtum naturâ prohibitum eſſe, ait imper. Juſtinianus. *§. 1. Inſtit. de obligat. quæ ex delicto.* Sed verò quomodo id cum eo conſiſtere poteſt, quod colligitur *ex l. 5. d. Juſtitia & iure.* commercia, dominiorumque diſtinctionem, à primo illo jure, non deſcendere rectè & immediaté. Sané adſurdum videtur, furtum naturâ prohiberi: cum jure naturali humano (ſeu gentium primævo) incognita ſit diſtinctio dominiorum.

Sed verò naturâ eſt æquum, ut cuilibet tribuatur, quod eſt ſuum, ac nemini ſuum auferri, licet id nactus fuerit jure civili. Sicque dici poteſt, furtum ab ea natura prohiberi, quæ peperit jus Gentium, per diſcurſum Dn. Bachov. *dict. diſput. 30. theſ. 1. liter. B. fol. 1056. & ſeq.* Kœpen. *libr. 2. obſ. 67.* Aliter verò ego reſpondi *in commentar. ad l. 5. quæſt. 3 in fin. ff. d. Juſtitia & Jure.*

Non impedit, quod Populi nonnulli, furta concedunt & impunita eſſe volunt: nec enim propterea furtum jure civili tantùm probrum eſſe dici debet. Nam & populi ſunt, quibus inceſti liberorum, matrumque concubitus tolerantur: nec tamen minùs ii Naturæ contradicunt. Bachov. *dict. loco.* Et Spartani non furta permiſerunt ob turpe lucrum, ſed pro exercitio & diſciplina belli. Agell. *libr. 11. c. 18.* Quinimò non ſimpliciter quibuſvis, ſed juvenibus, imò pueris tantùm, non quævis, ſed furta ſolùm eſculentorum permiſſa erant. Depræhenſi item flagris cædebantur. Agell. *libr. 11. c. 18.* Bachov. *ſap. dict. loc.* Hilliger. *ad Donell. 15. c. 29. lit. K.*

3. Cur furto manifeſto legibus humanis pœna quadrupli fuerit irrogata, non manifeſto dupli?

Quod autem furto manifeſto, legibus humanis pœna quadrupli fuerit irrogata, non manifeſto dupli: *§. pœna. 5. Inſtit. de obligat. quæ ex delict.* id videtur ex dictis modò Spartanorum moribus, ex parte proveniſſe, apud quos, *ut modò innui*, deprehenſi ſeverè caſtigabantur, cæteroquin impunè habebant.

Ac quoque apud alios Græcos, idem in uſu fuit: namque Suidas *verbo* κλέπτης, ex Ariſtophane Comico citat, furta olim

Digitized by Google

non fuiſſe reprehenſione digna, niſi fur fuiſſet deprehenſus. Bachov. *d. diſp. 30. theſ. 3. lit. B. &c. fol. 1079.* Effectu item conſiderato, ea, quæ per ſe turpia ſunt, majori turpitudine committuntur, ſi apertè fiant, quàm ſi ſecreto: propter pejus exemplum & ſcandalum, quod aliis præbetur, *cap. nemo. 32. quæſt. 4. cap. ex tenore. de temp. ordinand.* Ut ſi quis adulterium vel homicidium, in foro committat.

Ac licet interdùm occulta gravius puniantur, quàm aperta: *l. non exiſtimo. 54. de admin. tut.* hoc tamen fit maximè illis in rebus, quæ per ſe non illicita exiſtunt, & per occultationem, doli aliqua ſuſpicione prægravantur; ſecus in iis, ubi turpitudo per ſe ineſt, Schneidevvin. *ad §. fin n. 4. de obl. quæ ex delict.* videre autem hâc de re licet Cujac. *19. obſerv. 12.* Lyclam. *6. membr. 13.* Hilliger. *ad Donell. 15. c. 29. lit. Q.*

Eſtque furtum manifeſtum, cùm fur *ἐπ' αὐτὸ φώρῳ*, id eſt, in ipſo facto, ſeu furto, vel in loco furti, etiam poſt factum, vel extra locum furti, ſed tamen cum re furtiva, à Domino vel quovis alio, antè viſus vel deprehenſus fuerit, quàm eò loci rem pertulerit, quò perferre, & eo die cum re furtiva manere deſtinârat. §. *furtorum. l. is qui opem. 34. & l. ſeq. de furtis.* Et ſic etiam *in art. 157. & ſeq.* Conſt. crim. furtum manifeſtum eſt, **Ein offentlicher Diebſtall/ wann der Thäter/ ehe er in ſein Gewarſam kompt/ betretten wird/ oder ein Geſchrey/ oder Nacheil machte.** vid Dn. Bocerum. *cap. 1. de furt. num. 109. &c.* Ex quo ſequitur, diſtinctionem furti in manifeſtum & non manifeſtum, ad pœnam leniendam vel exaſperandam, nec dum moribus hodiernis rejectam eſſe, Zieritz *ad d. art. 157.*

3. *Furti tenetur, cujus ope, conſilio illud perpetratum eſt.*

FUrti tenetur, cujus ope conſilio, illud perpetratum eſt. §. *interdum quoque. 11. Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc.* Neque dubito, quin hæc verba ſeparatim ſint accipienda: quia aliud factum eſt ejus qui ope, aliud, qui conſilio furtum facit, *l. ſæpè. 53. §. 1. ibique* Gœdd. *de V S. l. ſi quis uxori. 52. §. neque. 19. l. ſi pignore. 45. §. qui ferramenta. 4. ff. de furt. l. ſi quis ſervo. 20 C. eod.* Ærod. *rer. indicatar. l. 6. tit. 2. cap. 7.* Dn. D. Harpprecht. *ad §. 11 Inſt. de obl. quæ ex delict.* Clar. D. Bach. *d. diſp. 30. th. 3. lit. D. fol. 1085.* Emund Me-

rill.

rill. *obſerv. lib. 2. cap. 39.* Arum. *diſp. ad ll. præcip. 24. th. 3.* Kœpp. *2. obſ. 72* Modeſt. Piſtor. *quæſt. 63* Berlich. *5 concl. 55. & ſeq.* Diſſent. Pacius. *cent. 4. ἐναντ. qu. 24.* ac etiam Donell. *15. com. 29.* qui conjunctim illa requirunt. Si tn. quis conſulat & ſuadeat furtum, nec tamen furtum reverà fiat, ſuaſor furti non tenetur. *d. l. ſæpè. §. 19. d. l. ſi quis uxor. §. neque. ff. de furtis.*

An verò *furi opem ferens, vel conſilium dans, criminaliter, ac ſuſpendio quoque ſit puniendus?* diſquirit Steinhauſen. *ff. de furt. n. 9.* & Berlichius hanc rem operosè tractat, *tom ult. concl. 44. n. 6.* ut & *concl 55. ac ſeq. per totas* Dn. D. Bocer. *tr. de furt. cap. 3. à princ.* Sed res eget diſtinctione, ut etiam innuit Conſtit. Carol. *art. 177. ubi* Zieritz. & Matth. Stephan. Qui ante delictum opem præſtat, conſiliumque ſuggerit, non videtur eâdem pœnâ criminali plectendus; putà, ſi quis res exploret, & alii prodat, Modeſt. Piſtor. *quæſt. 63* Kœppen. *2. obſ. 72. ad fin.* Quodque contraria opinio animas Judicum occidat, qui eam ſequuntur, tradit Auguſt. Ariminenſ. *ad Angel. tract. de malef. verb. dicto maleficio ſemper aſſiſtit. num. 17.* Alii & hîc diſtinguunt inter auxilium propinquum & remotum. In ipſo furto, qui opè furem juvat, hic verè fur eſt, *l. vulgaris 21. §. ſi duo 9. l. qui ſervo. §. ita placuit. ff. de furt.* Gomeſ. *3. var. cap. 3. n. 49.* Menoch. *caſ. 349. n. 7.* Poſt commiſſum furtum, ſi quis furem receptat, occultat, &c. non impunè hoc fert, vel ex proverbio vulgari, wår kein Hehler/ ſo wår kein Stehler. Sed tamen magis eſt, ut extraordinariè puniatur. vid. *l. 14. Cod. de furt.* Gomeſ. *d. l. n. 50.* Menoch. *d. l. n. 21. & c.* Clar. *§. fin. qu. 90. ſub n. 2.* Peguer. *deciſ. 25.* Diſſent. Hackelm. *diſp. illuſtr. 23. th. 2. lit. E.* qui receptatores ad ſupplicii ſimilitudinem alligat.

Et circa hanc rem in genere eſt notandum, textus de civili actione loquentes, non rectè huc adduci: cùm in criminalibus & ubi de vita certatur, debeamus eſſe mitiores, quàm ſi quæſtio ſit de civili vel actione, vel pecuniariâ pœnâ, Modeſt. Piſtor. *d. loc. n. 2. & c.* Ut & Leges, quæ de receptatoribus latronum loquuntur, *l. 1. ff. de receptat. l. 1. C. de his, qui latrones, & c.* non obſtare videntur: cùm loquantur de graviori delicto. Hocque intuitu etiam Fachinæus, *lib. 9. cap 92.* tradit, fures, qui de ſe confeſſi ſunt, de ſociis & receptatoribus interrogari non poſſe; ſecusque eſſe in latronibus, reſpondit.

4. De

5. De Furti pœna.

CUm de legibus tantùm ferendis diſputandum, ſatis verò obtemperandum ſiet: non immeritò mirari quis poſſet, diſquiri etiam: *nùm hodiè* (poſt Carolinam nempe ſanctionem, *art. 157. &c.*) *pœna ſtrangulationis an juſtè furto impoſita ſiet?* Maximè cùm conſentiat ferè legislatio Friderici Imper. *lib. 2. F. tit. 37. §. ſi quis quinque.* & Jus Lubecenſe *lib. 4. tit. 1. §. 4.* **Wer über fünff Lübiſche Gulden ſtihlet/ an Gold-Wehrung/ der ſoll mit dem Strang gerichtet werden.**

Et ſunt ſanè multi, qui nimis atrocem eam pœnam eſſe putant, ac inter eos ſcripſit quidam: Jura (Hebræorum putà & Romanorum) nunquam in eam rabiem exarſiſſe, ut cenſuerint, corporali pœnâ fures eſſe afficiendos, eamque pœnam à Juſtitiæ fundamento, quàm longiſſimè abeſſe. Dubitant etiam, nùm poſſit Magiſtratus delicto, jure divino non capitali, ſtatuere pœnam mortis: idque faciunt cumprimis Calviniſtæ, hosque ſequuti Jureconſulti Herbornenſes, qui optant, ferè in totum jus Moſaicum in Rempublicam reduci. Ajunt etiam, Imperatoris Friderici Conſtitutionem, argumento ejuſdem rubricæ, quæ eſt de pace publica, pertinere ad furtum violentum; & Imp. Juſtinianum *Novell. 134.* prohibere expreſſè, morte vel membrorum amputatione furta puniri. Sicque moribus Hiſpanorum etiam pro furto enormi, non imponitur pœna mortis; niſi reus ſit graſſator, vel ſacrilegus aut effractor, Petr. Salaz. *de uſu & conſuet. c. 5. n. 10. &c.*

At alii econtra cenſent, juſtam eſſe, neceſſariam & æquitati conformem hancce pœnam. Quâ de re latè diſſerentes videri poſſunt. Dn. D. Harpprecht. *ad §. pœna. 5. n. 8 & ſeqq. Inſt. de obl. quæ ex delict.* Joh. Baptiſt. Bajard. *in add. ad Jul. Clar. §. furtum. n. 47.* Dn. Bach. *d. diſp. 30. th. 3. lit. G.* Berlich. *tom. ult. concl. 43. à princ.* Ærod. *lib. 6. rer. iudic. tit. 2. cap. 8.* Card. Tuſch. *lit. F. concl. 564.* Kœppen. *2. obſ. 71.* Bonifac. *tr. de furt. §. 12. fol. 511. &c* Dn. D. Bocer. *tr. de furt.* D. Thum. *ad Decalog. 6. præcept.* Ego *de pœnis. fol. 124.* Pro hacque ſententia affirmante, urgetur axioma illud, quod creſcentibus delictis, pœnæ ſint exaſperandæ. Cùmque adhuc hodie tanta ſint frequentia furum, ut iis coercendis, nullæ cruces, nulla patibula, nulla tormenta ſufficiant: ajunt eorum multò majorem copiam futuram, ſi pœnæ leviores & ſolùm pecuniariæ in uſum revocarentur. Ad-

Addunt, ſupplicium furti capitale, non novi eſſe exempli, cùm apud Scytas. *Iuſtin. lib. 2. m. pag. 25.* Athenienſes, Plutarch. *in Solone*, Thom. Denſter. *antiq. Rom. lib. 9.* Tartaros & Moſchovitas, Indos etiam Occidentales, Bodinus. *6. d. Rep. 6.* ut & Romanos, Paul. Manut. *de lib. Roman. pag. 225.* Marcil. *ad l. 12. Tab. c. 57. & ad §. pœna manifeſti. Inſtit. de furt.* add. Guil. Forner. *1. ſelectar. c. 15.* Ægyptios, *Geneſ. c. 40.* & ipſos denique Judæos, *Ioſ. cap. 7.* pœnâ, capitali fuerint plexi. Nec id furtum, cujus *Ioſ. 7.* mentio fit, ſacrilegium erat, ſed res tantùm erat deſtinata, ut fieret ſacra; ac punitus ille fuit propter contemptum præcepti, quæ ratio etjam hodiè ſupplicium tàm durum juſtificare videtur.

Non ajunt aliquid impedire legem Moſis: cum ratio adfuerit diverſa, cur furta non ita graviter is puniri voluerit; quia nil ferè proprii Judæi habebant, propter annum Jubil. Pœna etiam furti, (quoad ejus determinationem) ad politicam ſeu judicialem legis partem ſpectat; eaque ideò pro varietate circumſtantiarum mutari poteſt. Non eſt contra juſtitiam diſtributivam, ut pro ære ſolvatur vita: Id enim fit propter turbatam pacem, ejuſq; conſervationem, ac ob contemptum legis notæ, indeque delinquens ſibi imputare debet, quod eam eſt tranſgreſſus. Et denique jus Civile admittit in furtis corporalem pœnam. *l 56. ubi Gothofr. §. 1. l. fin. ff. h. l. 15. de condict. cauſſ. datâ.*

Cæterùm, quia ſanguis humanus pretioſiſſimus eſt, ac in pœnis mitiores eſſe debemus, cautus proindè debet eſſe Judex, nec ſolùm crudelitate in animadvertendo in facinoroſos âbſtinere, ſed & pœnarum acerbitatem humanitate & undecunq; captatâ occaſione temperare debet. Hincque magis eſt, ut propter primum furtum, utcunque magnum (niſi perjurium, vel violentiâ ſimiliſque aggravans circumſtantia accedat) non ſtatim penſilem fieri patiamur furem: ſed ut per gradus ad illud horrendum ſupplicium accedatur, nec eo, niſi incorrigibiles afficiamus, vid. Clar, § *furtum. num. 7. ubi Baiard.* Berlich. *dict. concluſ. 43. n. 18. & c.* Cævall. *qu. 741.* Dn. Bocer. *de furt. fol. 76. n. 137.* Peguera. *deciſ 27.* Hakelm. *diſp. Illuſtr. 23. th. 10.* Ego, *in d. diſſert. d. pœn.* Quin & ex Judicio Inclytæ Facultatis Juridicæ Academ. Tubingenſis, rarò prima vice, vindici capitalium rerum, offertur furti reus. Man laſt ihn das erſtemal mit einer Vrphed und Gefängnus/ oder Verweiſung deß Landes außkomen/ und gibt ihne nicht dem Hän-

 cker

cker an die Hände: ne occaſio ſeſe corrigendi ipſi adimatur. Eſt enim pœna fuſtigationis infamis, & quæ ideò morti æquiparatur. Joſ. Lud. *deciſ. 1. num. 23. &c.* Quodque primum etiam magnum furtum, ſuſpendio non judicatur dignum, fit ex eâ ratione: quia nempé habetur reſpectus ad animum delinquendi, frequentiam & reiterationem peccati, non verò ad quantitatem. Huicq; conferunt tradita doctiſſimi Fachinæi, qui *lib. 9 cap. 91.* tradit: ſtante ſtatuto, quo fur pro tribus furtis ſuſpendi jubetur, ſi committat unum tantùm furtum, quantumvis magnum; non tamen eâdem pœnâ plectendum eſſe. Ac putat quoque Nevizanus *lib. 1. ſylv. nupt. num. 69.* poſt Paridem de Puteo, Friderici Conſtitutionem (non de ſolo furto ſeditioſo loquentem, Dn. Bachov. *d. diſp. 30. th. 3. lit. G. fol. 1102.*) atrociſſimam eſſe, & ob id ejus animam in inferno torqueri. Quos tamen Menoch. *2. arb. caſ 295. n. 13.* ridet.

Sunt & qui ſuadent, fures in totum non ſuſpendi, ſed in ſervitutem rapi; vel ſaltem Virgarum ſeu fuſtigationis infamem pœnam in opus publicum commutari debere: *in tractat. de pœnis & ærario, dixi.* Quodque etiam Sereniſſimo Principi, Johan Friderico Wirtemberg. Duci, &c. placuit, qui pragmatica generali ſanctione hoc fieri mandavit: quam poſui in Theſauro meo practico. §. Rutten außhawen. Ex ſapientiſſimi etiam Mori Utopia, monui *in ſæpè dicto. tract. de pœn. ac item de Ærario. & in conſider. vitæ ac mortis.* prudentius eſſe, & Chriſtianæ charitati magis convenire, ſi furta non atrocitate ſupliciorum præcaveantur, ſed fiat, ne quis furari cogatur: Wann man die Müſſiggänger zum ſchaffen anhält/und den Armen ſich zuernehren Gelegenheit machet.

6. *Furti pœnam minuentia vel aggravantia.*

Et ſunt porrò nonnullæ cauſæ, quæ furti mitigant pœnam putà, ſi quis furetur neceſſitate famis adactus: *cap. 3. de furt.* Pfeil. *conſil. 139.* Coler. *de aliment. 2. cap. 7. num. 42.* Kœppen. *2. obſerv. 72.* maximè ſi ſint eſculenta. Hackelman. *illuſtr. 23. theſ. 4.* Non enim hoc facit animo lucrandi. Ac etiam tempore neceſſitatis, ea, quæ pertinent ad tuendam vitam, communicanda eſſe videntur. arg. *l. 2. §. cùm in ead. verſ inde agitatam, ubi* Gloſſ. & Br. *ad L. Rhod. de iact.* Tenetur tamen ablata reſtituere, ſi pervenit ad pinguiorem fortunam. Cævall. *qu. 729.*

Creditor item accipiens aliquam rem propriâ auctoritate, pro

Digitized by Google

pro ſuo credito conſequendo, non poteſt puniri pœnâ furti, ſed incidit in pœnam juris cõmunis (putà *l. extat. 13. ff. de eo. quod met. cauſ. & l. credit. 7. ad Jul. de vi priv.*) tradente Joſ. Lud. *deciſ. Luc. 1.* cùm deſit animus furandi, & ex alieno lucrum capiendi. At verò debitorem, creditori ſuo pignus furto ſubducentem, minimè excuſari, licet ſe offerat ad ſolutionem, Jo. Vaud. tradit, *1 var. q. 35.* Nihil enim actioni pœnali, cùm rei perſequutoria eſt commune.

Quodque ajunt, excuſari eum, qui pœnitentiâ ductus, rem furto ſubtractam, cjuſvé æſtimationem, ſtatim reddit: Berlich. *5. concluſ. 44.* hoc locum habere puto, ſi reddiderit ultrò, & antequam ab eo petatur, non ſi compellatus. Itaque aliis in caſibus rem ſurreptam ſi reddere velit fur, atq; adeò ſi reddiderit, nihilomagis pœnali actione liberatur; ſed re redditâ, æque ac ante eam redditam, furti obſtrictus manet. *l. non prodeſt. 5. ff. vi bon. rapt. l. quia manet. 12. ff de ſerv. corr.* Nec etiam poteſt quis ex pœnitentia nocens eſſe deſinere. *l. quis ſit fugitivus. 17. de Ædil. edict. l. 1. § ſi rem depoſitã. 25. ff. depoſ.* Quamvis in praxi (ubi captatur benignior interpretatio, etiam contra ſubtilitatem juris, præſertim ubi quæſtio eſt de capitali furum pœna, ſatis aliàs acerba) puniatur is mitius, qui damnum reſarcire omnibus poteſt, quàm ſi prodigaliter conſumpſerit rem furto ſubtractam.

Viciſſim ſunt quædam furta aliis graviora: putà **wann einer zu Nacht einſteigt oder einbricht.** Peguer. *dec. 26.* Si qui peſte extinctorum domus ſpoliet. Berlich. *4. concl. 9.* Si quis ſpoliet aratra, Berlich. *5. concl. 49.* Heig. *2. q. 30.* aut furetur apes, illarumq; favos, vel etiam columbas, Berlich. *5. concl. 50.* Si quis herbas, plantas, fructus, &c. furetur ex hortis, **Feld-Diebſtall.** Berlich. *5. concl. 53.*

Porrò Tabellarius quoque criminaliter puniri poteſt, qui pecuniam ut ad alium perferret, traditam, in ſuos uſus convertit. Idemque dixero contra aurigam, de mercibus ad locum deſtinatum vehendis ſibi traditis, aliquid ſurripientem. Moll. *4. ſemeſt 2.* Weſemb. *in paratitl. ff. h. num. 11.* Heig. *in pr. Inſtit. quib modis. re contrah. obligat. n. 13* Berlich. *tom ult. concl. 58.* Hackelm. *illuſtr. 23. th. 5.* qui partim nobiſcum, alii aliter ſentire comperiuntur. Diſſentientes autem diſtingunt, an pecunia ei annumeretur, num verò obſignata tradatur. Ut ergo in hoc caſu poſteriori, furtum committi palam eſt; ita ajunt in priori, dominium transferri, & furtum tanquam in re propria non committi.

Sed verò etiam illo in caſu dominium non transferri putarem: Actus enim agentium, ultra intentionem non operatur. *l. 1. §. ſi quis hoc. 4. ff. de itinere actuq́; privato.* Et conſtat, etiam per nudam traditionem, dominium nunquam ad alium tranſire: ſed ita demum, ſi venditio, aut aliqua juſta cauſa præceſſerit, propter quam traditio ſequatur. *l. nunquam. 31. ff. de acq. rer. domin.* Nunc autem pecunia non eo animo ei numeratur, ut aurigæ vel tabellarii fiat, ſed ut ſciatur, quantum pecuniæ ipſius fidei fuerit commiſſum: aliàs enim in cambium hoc negotium tranſiret, es wäre ein Wechſel. Et tandem, quòd is, qui pecuniam aliò perferendam in proprios uſus convertit, furti teneatur, text. eſt expreſſ. *in l. ſi tibi mandavero. 22. § ſi tibi centum. 7. ff. Mand. l. ſi is, cui. 7. C. h.* Lübiſch Statrecht. *lib. 4. tit. 1. §. 6.*

Et porrò dubiũ non eſt, quin hi, qui in officio fraudulenter verſantur, die ihrem Herren in der Rechnung was hinterhalten/oder ſonſten abtragen/ihnen zu Nutz/ und dem Herrn/ oder den Unterthanen zum Schaden/ Furtum committant, & ut tales puniri queant. Et licet pleriſque videatur, eos mitiùs, quàm alios fures eſſe plectendos; tamen magis eſt, ut gravius puniri mereantur. Tum (1) quia ferè ſemper perjurium intervenit, tùm quia (2) falſum intercurrit, & (3) peculatum ſapit hocce delictum. Sed videri poteſt Berlich. *tom. ult. concluſ. 57.* Dn. Bachov. *vol. 2. diſp. 36. th. 1. lit F. fol. 1066.* Ego *in tr. d. Ærar. c. 7. §. ult. n. 4. ad fin.* Non tamen puto, ſtatim puniendos eos, qui pecuniam publicam non furantur, ſed eam ſuo periculo & fidei commiſſam in propriam utilitatem conferre ſolent, ſo nicht Rechnung thun können. Eos enim regulariter de reſiduis teneri, conſtat: *l. 2. l. 9. § 1. ad L. Iul. peculat.* niſi dolus adſit. & animus furandi. Nicht/ wann einer ſonſten auß Fahrläſſigkeit/ was ſchuldig verbleibet. Et ita hic arbitrium Judicis prudentis eſt adhibendum. Et confert huc, quod dicunt. colonum, qui Domini poſſeſſionem intervertit, committere furtum, ut Ærodius ex Agellio refert, *libr. 6. rer. iudic. tit. 2. cap. 6.* Sic etiam, ſi furto annona vel ſimile, Officiali ſubtrahatur; an is hunc caſum luere teneatur, ac quomodo probetur, rem furto ſubtractam eſſe, conſulit Honded. *vol. 2 conſil. 90.*

Domesticum quoque Furtum deteſtandum magis eſſe puto, quam vulgare; Marcilius *ad §. pœnam manifeſti. Inſt. de furt.* in famulis puta, ſimilibuſque: nam & in his locus & conditio delictum

Digitized by Google

lictum aggravare cenſentur. Non enim ſine perfidia fieri id poteſt: ac etiam ubi major occaſio delinquendi, ibi cautius eſt providendum. Weſenbec. *ad §. item Lex. Jul. peculatus, Inſtit. de publ. iudic. & in parat. ff. h. tit. num. 6.* Clarus. *§. furtum. num. 22.* Zaſ. *in l. eius qui. ff. de reb. cred.* Jodoc. Damhuder. *pract. crim. cap. 110. num. 41.* Boër. *deciſ. 316.* Berlich. *tom. ult. concluſ. 54.* Danæus *in Ethic. cap. 15.* Diſſ. Gomeſ. *tom. 3. var. reſol. cap. 2. num. 5.* Menoch. *libr. 2. arbitr. cent. 4. caſ. 347.* Schneidew. *ad §. hi qui. Inſtit. d. obl. quæ ex delict.* add. Hackelmann. *23. illuſtr. theſ. 10* Domeſtica quidem furta non pariunt furti actionem: *l. 89. de furt.* ſed ratio eſt diverſa, vid. *l. 11. §. 1. de pœn.*

7. *An res furtiva apud furem deprehenſa, pro parte, Magiſtratui loci cedat.*

POrro conſuetudo illa minimè probabilis, ſed planè barbarica eſt; quâ res apud furem deprehenſa, pro parte Magiſtratui loci acquiritur, Jodoc. Damhoud. *in pr. ac. crim. tit. d. furt. cap. 110. num. 52.* Berlich. *tom. ult. concluſ. 45. numer. 26.* Halßgerichts-Ordnung. *Caroli V. art. 207. Receſſ. Imperi.* zu Augſpurg. *de An. 1559. verſ.* und nach deme. Adeò, ut Magiſtratus hoc in caſu, nullo præſcriptionis jure hunc morem tueri poſſit, Gœdd. *ad l. partum. 26 ff. de V. S. per text. expreſſ. conſtit. Caroli V.* Halß-Gerichts-Ordnung. *artic. 209.* De jure tamen Saxonico, Dominus rei furtivæ, intra annum & diem comparere, & rem ſuam vindicare debet; aliàs judex in ſuos uſus eam ritè convertit. *lib. 2.* Landr. *art. 31. & ibi gloſſ.*

Notatu autem dignum eſt hâc in parte das Lübiſche Recht. *lib. 4. tit. 1. §. 2.* ubi ita habetur: Würde einem Diebe ſein eigen Gut abgejaget/ darvon gehört der dritte Theil dem jenigen / welcher es ihme abgejaget hat / die anderen zween dritte Theil gehören dem Wette und dem Gerichte. Wäre es aber geſtohlen Gut/ ſo ſoll daſſelbige wiederum an ſeinen rechten Herren kommen: doch dergeſtalt/ wann das Gut einem Frembden in andern Königreichen und Fürſtenthumben zugehöret / und ſolch Recht auch alldar den unſern wiederfährt/ ſo ſoll es allhier auch alſo den Frembden wiederfahren / wo aber nicht/ſo bleiben zween Theil deſſelben Guts ſeinem Herren/und das dritte Theil dem Gerichte. Fit hoc jure talionis, etiam aliis ſimilibus in caſibus uſitato: ut ſi quis Princeps liberum abitum

 non

non permittat, den Freyen-Zug/ ohne Acciß/ vel hæreditatem extraneo delatam, ei in totum vel pro parte adimat; tunc etiam ſubditis illius Principis, iis quoque in terris hoc onus imponi poteſt, ubi aliàs non eſt uſitatum, Schult. *pract. quaſt. 6.*

8. *De concurſu actionum in materia furti.*

Item: *An fure ſuſpenſo ejus heredes conveniri poſſint. Et de eo qui rem à fure emit.*

FUr pœnâ ordinariâ dupli, & ſimul pœnâ extraordinariâ criminali, de qua *in l. ult. Cod. de furt.* puniri nequit: *l. unic. Cod. quand. civil. act. criminal. praiudicet. l. fin. ff. de furt. l quod SC. de iniur. ubi Bartol. & Dd.* Cujac. *obſ. lib. 8. cap. 33.* Schneidew. *ad §. in ſumma. Inſtit. de iniur. & in §. liberum Inſtit. ad L. Aquil.* Lud. Rom. *conſ. 152.* Cùm aliàs duplici pœna afficeretur. Et indè quando plures actiones competunt ex uno facto, ac utraque tendit ad vindictam, unà alteram conſumit. Nec impedit, quod Gomeſius tradit, *tom. 3. var. reſolut. cap. 5. num. 4.* utramque hanc pœnam furi imponi: unam cedere parti, alteram publicæ vindictæ. Nam hæc diſtinctio nullibi in Legibus eſt fundata, & rationi naturali repugnat.

Sed tamen fur, ejuſque heredes, præter pœnam mortis, tenentur etiam ad reſtitutionem rerum furto ablatarum, Berlich. *tom. ult. concluſ. 45. à princip.* Nihil enim actioni pœnali cùm rei perſequutoria eſt commune, nec hæc illam tollit. *l. rei communis. ff. pro ſocio.* Idque ampliant, ut etiam locum habeat eo in caſu, ubi criminalis accuſatio intentatur à Domino rei furtivæ, & is incidenter petat reſtitutionem rerum ablatarum officio Judicis. Peguer. *deciſ. 27. in addit.* Quin & hæredes furis laqueo ſuffocati conveniri queunt. Pingiz. *quaſt. 49. num. 39.* Etſi nihil ad eos pervenerit. *l. 7. in fin. l. 9. d. condict furtiv.* Veruntamen de foro Saxonico fur & ejus hæredes, non tenentur ad rerum reſtitutionem, Berlich. *tom. 4. concluſ. 19. num. 37. &c.* Sic & magis eſt, ut dicam, eum, qui ob incendium doloſum ad mortem condemnatur, nihilominùs ad reſtitutionem damnatum teneri: cùm regulare ſit, ut ex quolibet delicto, tam publico, quàm privato; & criminalis ad pœnam publicam, & civilis ad damni & ejus quod intereſt, actio detur. Rauchbar. *part. 2. quaſt. 10. num. 13.* Et capio contraria, quæ Berlichius habet, *tom. 4. concl. 24.* de Saxonica conſtitutione.

Emens

Emens rem à fure, etiam ignoranter, eam domino reddere debet, pretio non reſtituto, etiamſi emptor rem furtivam conſumpſiſſet, aut caſu amiſiſſet, vel illa extincta aut mortua eſſet, *l. incivilem. 2. Cod. de furt. & ſervo. corrupt.* Imò bonæ fidei emptor alteri vendens, nihilominus à Domino conveniri poteſt, ad pretium reſtituendum: quia ex re aliena locupletior fuit factus, Trentacinq. *lib. 3. tit. d. empt. reſol. 12.* Berlich. *ult. concl. 45. num. 17. &c.* Et licet in quibuſdam locis, Judæi hoc Privilegio fruantur, ut poſſint res ſibi pignoratas, vel venditas, ſi ſint furtivæ, retinere: hoc tamen non procedit, niſi illi ſint extra dolum, Trentacinq. *dict. loc. num. 12* Sed de re furtiva, penes tertium reperta, ſingularem tractatum Vincentius Carocius ſcripſit, qui videri poteſt.

9. Si quis furtum confiteatur, ſed de re furtiva, loco, & perſonis quibus factum, non conſtet, quæ pœna locum habeat.

SI quis porro in genere fateatur, ſe furtum commiſiſſe, ſed de re furtiva, loco & perſonis, ubi & quibus factum ſit, haud conſtet: tunc ejuſmodi confeſſioni in criminali judicio haud ſtatur: Berlich. *tom. ult. concluſ. 46. à princ.* Quia nemo ibi condemnari poteſt, ubi non liquidò de delicto & ejuſdem corpore, cum omnibus qualitatibus & circumſtantiis conſtat. Farinac. *lib. 1. tit. 1. qu. 2. num. 1. &c.* Sic & confeſſio nuda & ſimplex, nec cauſam habens, confitenti ad condemnationem non nocet. Hipp. d. Marſil. *in ſua pract. crim. §. poſtquàm num. 20. & ſeqq.*

Sed tamen tunc extraordinariam pœnam locum habere dicunt. Berlich. *d. l. num. 3.* qui etiam *num. 6. &c.* docet, furem ſuſpendi non poſſe, licet res furtivæ apud eum inveniantur, non tamen conſtet de loco, & perſonis, cui res furto ablata fuit.

10. Anne Plagium ſit; aliena ſibi aſſumere ſcripta?

ALiena ſcripta ſibi aſſumere, plagium quaſi & improbius eſſe furtum, Ærodius diverſis rebus judicatis docet, *lib. 6 tit. 2. c. 2.* Et falſi committit crimen, qui falſò ſibi alienos labores adſcribit, aut aliorum locos communes, non facta mentione ejus, cujus ſtudio juvatur, depilat. Quin & Severus Caſſius apud Senecam: Qui

Qui uſurpant alienas ſententias, paulatim aliquibus verbis immutatis; ſimiles his furibus videri ait, qui poculis ſubreptis, anſas & emblemata mutant. Ideoque nunc invaluit probus mos, ut aliena verba, non niſi nomine authoris addito, adducantur. Namque ut eleganter Plinius ait; obnoxii animi & infelicis eſt, deprehendi in furto malle, quàm mutuum reddere. v. Speckhan. *1. quaſt. 88.* & adde de Teſſelato genere ſcribendi *præfat.* Raynaudi, Soc. Jeſu, quàm præclaro operi, *de Theol. naturali* præfixit.

11. De Sacrilegio.

SAcrilegium item pernitioſius eſt furtum. *l. ſacril. 6. ff. peculat. pr. & in l. aut facta. 16. §. locus. 4. ff. de pœn.* Idq; nil aliud eſt, quàm violatio rei ſacræ: Et ſacrum vocant, quod ad divinum cultũ eſt ordinatum. Conſtituunt etiam vulgò tres ſpecies hujus delicti (1) quandò fit injuria perſonæ. (2) quandò loco ſacro, (3) quandò rei ſacratæ. Diſtinguunt etiam quò ad ſacrilegum furtum: an ſacrum de ſacro, vel ſacrum de non ſacro, vel non ſacrum de ſacro auferatur. Halßgerichts-Ordnung. *art. 171.* Et hæc ad pœnæ exaſperationem vel mitigationem variè perpenduntur, ut docet Peguera. *deciſ. 24.* graviuſque puniuntur ii, qui rem ſacram è loco ſacro ſuffurantur, quod & ſolum jure Civili pro vero ſacrilegio habetur, *l. ſacrilegi. 9. & l. divi. 5. ff. ad L. Jul. peculat.* Sed pœna ſacrilegii omnis jure Carolino eſt capitalis: *artic. 172.* Etiam ſacrilegium Eleemoſynarum, *artic. 173.* niſi quod rei vilius pretium mitigare pœnam videatur. *art. 174.* ſed conſuli etiam poſſunt Speckhan. *1. quaſt. 83.* Dn. Metzger. *conſ. 2. num. 14.* Dn. Bocer. *de furt fol. 93.*

TIT. III.
DE TIGNO JUNCTO.

12. An actio de tign. junct. adverſus bona & mala fide jungentem detur.

ACtio in duplum adverſus eum datur, qui tignum alienum ædibus ſuis junxit. *l. 1. h t. l. 6. ad exhibendum. An autem in duplum indiſtinctè contra ædificatorem, ſive bona, ſive mala fide junxerit, ea detur?* non adeò eſt expeditum. vid. Petr. Theodoric. *in Colleg. crim. diſp. 2 th. 9. lit. a* Et quidem magis eſt, ut etiam hoc onere bonæ fidei emptorem gravemus. Eò quòd Dominus tigni invitus

tus re ſua carere, ſicque contra regulas juris, eam alteri vendere cogitur, & inde in ſolatium hujus, duplum æſtimationis regulariter non præter æquitatem manifeſtariam conceſſum ei videtur.

TIT. V.
FURTI ADVERSUS NAUTAS, &c.
13. *De caupone depoſitum negante.*

Cùm nihil ſit tam pernitioſum, quàm qui præſtat factum alienum, eum ipſum graſſari contra fidem: Itaque meritò Præfectus olim Pariſienſis, eum ſuſpendioſum eſſe juſſit, qui depoſitum negaverat caupo. Ærod. *lib. 6. tit. 3.* Nec abnuit P. H. G. O. *art. 170.* Videatur tamen Berlich. *concluſ. 57.* qui dolum apertum requirit. Sed de his *ad tit. d. furt.* proximè aliquid dictum fuit.

TIT. VII.
14. *Arborum furtim caſarum.*

Duæ ſunt diverſæ actiones, arborum furtim cæſarum, & Aquiliæ Legis. Illa datur in duplum, hæc in ſimplum. Berlich. *tom. ult. concl. 52* add. Rad. Forner. *4. rer. quotid. c. 26.* Tentari etiam poſſet, utilem actionem, arborum furtim cæſarum dari, ſi quis herbas, plantas & quid aliud, ex hortis, vel aliundè furetur. Berlich. *concl. 53.* Quòdque der Feld-Diebſtall gravius puniatur, dixi jam ſuprà, *tit. d. furt* Huic vicinum eſt delictum, ſi quis arbores furtim exſcindat: Wann einer fruchtbare Bäum abhawet/ außgrabet oder verderbet. Cujus pœna carcer, relegatio, vel fuſtigatio eſſe ſolet. Berlich. *d. part. 5. concluſ. 52. num. 42. & ſeq.*

TIT. VIII.
VI BONORUM RAPTORUM.
15. *An raptor furti manifeſti pœnâ teneatur? ac de pœna raptorum.*

Eguinarius Baro & Mynſing. *ad §. 1. Inſt. de vi bon. raptor.* contendunt; raptorem licet manifeſtus fur ſit; *l. ſi vendidero. 80. §. cùm rapt. ff. vi bon. rapt.* furti tamen manifeſti pœnâ non teneri. Quod & Zaſ. ac Dd. *ad §. ex maleficiis. Inſt. d. Action.* probant. Cujacius verò *lib. 6. obſ. 2.* ait: Etſi edictum hoc Prætorium, inter rapinam manifeſtam, & nec manifeſtam non diſtinguat, quoad pœnam propoſitam in Edicto: reſpectu tamen dupli, & quadrupli, quæ aliàs furti propria eſt, etiam differentiam eſſe inter rapinam

manifeſtam, & non manifeſtam. Ita quidem, ut raptor non manifeſtus pœnâ dupli, manifeſtus quadrupli afficiatur. *l. 1. ff. vi bon. rapt. d. l. 80. §. an raptor. d. furt.* ubi ex profeſſo deciſum invenimus, quod raptor ſit fur manifeſtus. Ergo, ut talis etiam puniri debet. Abſurdum enim eſſet, raptoris (qui improbus fur eſt) meliorem eſſe conditionem, quàm ſimplicis furis. *in pr. Inſt. vi bonor. rapt.* vid. Arum. *diſp. 24. theſ. 9.*

Imò ſemper in quadruplum tenetur, cùm in furto deprehendantur ſemper: nam extorquet præſenti res ſuas. *l. 52. § fin. de furt.* Suntque actiones diverſæ furti, & vi bonorum raptorum. In illa, ſi furtum ſit manifeſtum, quadruplũ totum eſt pœna, hîc triplum. *d. pr. Inſt. vi bon. rapt.* Quò etiam confert. *l. ſi quis. 88. ff. de furt.* ubi habetur, ſi quis egerit vi bonorum raptorum, etiam furti agere non poteſt. Quod ſi furti elegerit, in duplum agere poteſt, & vi bonorum raptorum, ſic ut non excederet quadruplum. ſed vide Lyclamàm. *6. Membran. eclog. 13.*

Ac magis operæ pretium eſt agere de raptorum pœna, quam proponit Conſtitutio Carolin. *art. 126.* Differunt a. à graſſatoribus latrones. Latrones ſimùl ſunt homicidæ. Graſſatores, ſive prædones, qui vias obſident, & ſpoliant abſq; cæde. *l. capitalium. 28. §. graſſatores. 10 & §. famoſos. 15. ff. de pœn.* Illos vocamꝰ Mörder/ hos Straſſenräuber/ Freybeuter. Et etiam illi rotæ ſupplicio afficiuntur, hi decapitantur. Sed graſſatores tum demùm extremo ſupplicio afficiuntur, ſi cum ferro aggrediantur, & ſpoliare inſtituerint, & ſæpiùs adeoque in itineribus hoc faciant, Peguer. *deciſ. 40.* Stephan. *ad d. art. 126.* Ita etiam conatus non punitur hîc ordinariâ pœna. Pfeil. *conſ. 153. num. 5.*

Sic etiam pœna illa mitigatur, ſi parùm fuerit ablatum. Zieriz. *d. art.* ſed vide Dn. Bocer. *de crim. prædationis. latrocinii & incendiariorum, tr. ſing.*

Tit. X.
DE INJURIIS. &c.

16. *An etiam ob levem vel modicam injuriam damnatum, infamia ſequatur?*

INjuriarum condemnatum infamia notari, dubium non eſt, *l. 1. ff. de his, qui not. infam.* Cœterùm pugnant invicem Dd. *an* etiam *ob levem vel modicam iniuriam damnatum, infamia ſequatur?* Affirmat

firmat Jul. Clarus. *libr. 5. ſent.* §. *iniuria. num. 8.* & ab hoc citatus Angelus, *in l. infamem. ff. de publ. iud.* Soarez. *in theſaur. rec. ſent. verb. iniuriarum. num. 79.* Andr. Gail. *2. obſ. 102. num. 1.* Negant verò Proſp. Farinac. *lib. 3. prax. crim. quaſt. 105. inſpect. 2. num. 66.* Johan, Baptiſta. Bajard. *in addit. ad Jul. Clar. d.* §. *iniuriar. num. 51.* Dn. Præcept. D. Harpprecht. *ad* §. *10. Inſt. de iniur.* Et hanc poſteriorem ſententiam confirmat. *l. ſed ſi unius. 17.* §. *quadam. 3. l. Divus. 40 ibi atrocioris iniuria. ff. d. iniur. c. cum te, extra de ſent. & re iud.* Nec enim æquitas patitur pœnam delicto graviorem reo imponi: idque etiam moderationi juris civilis adverſari videtur. Qui enim partem honoris aufert (putà qui aliquem contumeliâ, infamiam nullam importante, afficit) is haud debet amittere omnem ſuam exiſtimationem.

17. *Quænam injuriæ reales, quænam perſonales ſint? & an actio injuriarum anno finiatur?*

PRo injuria autem habetur, quicquid ad alterius contumeliam tendit. Putà ſi quis dicat, aliquem eſſe Judæum, vel non ex honeſta proſapia oriundum, &c. Peguer. *dec. 13.* ubi quomodo tale convitium puniatur. Item qui maleficum conſuluit de aliquo, tanquam fure. conſ. Altorff. *115.* Viciſſim non eſt injuria, ſi quid fiat animo retorquendi, putà ſi objicienti perjurii crimen, quis reſpondeat, hoc ab ipſo ut perjuro & perfido proferri. Arumæ. *2. deciſ. 13.*

Actio injuriarum anni unius lapſu extinguitur: *l. 5. C. de iniur.* hicque à die ſcientiæ incipit, ac ita non continuus, ſed utilis eſt, Fachin. *lib. 9. c. 8.* Quod vero actio injuriarum anno finiatur, verum id eſt tantùm in Prætoria, non etiam legis Corneliæ actione: *in pr. Inſt. de perpet. & temp. act.* Jul. Clar. *lib. 5. ſent.* §. *iniuria. num. 9.* & ibi Bajard. *num. 51.* Fachinæ. *lib. 9 c. 7.* v. Conſil. Altorff. *48. & ſeq.* quicquid contra diſputet doctiſſimus Buſius, *in l. lex Cornelia. 5. ff. d. iniur.* Actiones ex legibus deſcendentes perpetuæ ſunt. Cur non ergo & actio injuriarum Cornel. Legis? nulla adeſt commoda ratio diverſitatis. Noſtram etiam ſententiam Cameræ Imperialis judicata probant, Mynſing. *1. obſ. 84.* Sicque actio injuriarum ob Carcerem injuſtum, non eſt annalis: Rauchb. *1. quaſt. 48.* aut ob injuſtam torturam. Rauch. *1. quaſt. 49.*

Viciſſim verò injuria per ſcripturam facta poſt annum acti-

one propoſitâ vindicare nequit. Fachin. *9. c. 9.* Et nec eſt injuria realis, quæ fit ſcripto. vid. Hackel. *diſp 23. th. 15.* arg. *l. 1. §. 1.* ubi realis injuria definitur, cùm manus infertur. Aliud tamen dico de libello famoſo. *l. 5. §. ſi quis. 9. & ſeq. d. t.* At quod actio injuriarum ex L. Cornelia quæ deſcendit, publica accuſatio ſit, nego cum Dn. D. Harpprecht. *in §. pœna. 7. n. 11. & ſeq. Inſt. de iniur. per text. expreſſ. in l. licet. 42. §. 1. ff. de Procur.* affirmant Cujac. *libr. 5. ſentent. Paul. tit. 4. §. mixto iure.* Borcholt. *in §. ſed & Lex Cornel. Inſtit. de iniur.*

18. *De pœna famoſi libelli, & ad palinodiam actione, & quomodo in cauſis injuriarum criminaliter intentatis, procurator admittatur?*

Singularis & publica quidem eſt accuſatio libelli famoſi. Non tamen ejus pœnâ ordinariâ, quæ eſt capitalis, ille innodatur, qui ignarus invenit famoſum libellum, & ſtatim illum non corrumpit; licet aliis publicârit. Peguer. *deciſ. 77.* ubi extraordinariam, & gravem pœnam tali impoſitam dicit.

De actione ad palinodiam, auff einen Widerruff/ agit Parlador. *c. 27.* ac formulam talis revocationis proponit Peguer. *ad fin. deciſ. 77.*

Eam non eſſe criminalem abundè ex eo conſtat, quia non tendit ad favorem fiſci, nec ad publicam vindictam. Moller. *1. ſemeſtr. 23.* ubi ſimul addit, ſi injurians recantare nolit, eum pro qualitate perſonæ, vel carcere vel pœnâ pecuniariâ, aut aliis modis, quibus Judici licet juriſdictionem ſuam tueri, coercendum eſſe. Refert quidem ille ritus quorundam locorum, daß einer ſich in das Maul ſchlagen müß ꝛc. Sed ii meritò apud nos non obſervantur.

Eſt & hoc ſingulariter obſervandum, in cauſis injuriarum, licet criminaliter intentatis, admitti quidem procuratorem: ſed ita, ut ubi ad ſententiam definitivam, quâ condemnari reus debet, eſt perventum; quod illa non in procuratorem (qui utpote non ſit dominus litis in criminali cauſa) ſed in dominum ipſum quantumvis abſentem, debeat ferri. Moller. *1. ſemeſtr. c. 4.*

17. Qua-

Digitized by Google

19. *Quatenus convitii veritas, convitiantem à condemnatione, reddat immunem. Et an retorſio actionem perimat?*

CONvitii veritas conviciantem à condemnatione reddit immunem. *l. 18. ff de iniur.* Sed hoc Dd. noſtri ita limitant, ſi interſit Reipubl. crimen illud objectum detegi: Fachin. *lib. 9. c. 10.* ut ſi proditio, cædes & ſimilia alicui objiciantur. Jul. Clar. *lib. 5. ſentent. §. iniuria. n. 15.* P. Buſius. *ad d. l. 18. ff. de iniur.* Verùm Covarruv. *lib. 1. variar. reſol. c. 1. n. 6.* nullam injuriam excuſari tradit, niſi eo animo crimen objectum ſit, ut manifeſtum fiat, non contumeliæ causâ; ſicque ceſſet omnis injuriandi libido. Et quod injuriarum teneatur, dicens publicè alicui, quòd ſit uſurarius, licet verum foret, eum talem eſſe, conſuluit Cravetta. *conſil. 145.* Hancque Cravettæ & Covarruviæ opinionem, ego veriorem puto. Puniunt enim leges pruriginem & libidinem conviciandi: atqui hæc libido etiam eſt in eo, qui crimen objicit, quod detegi prodeſt. Nec patior mihi replicari, utilitatē, quæ in Rempublicam ex hac injuria redundat, injuriantem ſubtrahere pœnæ. Idem enim eſt, ac ſi argumentarer: Judam non eſſe æternis cruciatibus dignum, cùm per ejus proditionem, redemptio generis humani fuerit promota. Sanè à cauſis per accidens non valet conſequentia. Sicque & tenetur injuriarum objiciens alicui crimen, poſt reſtitutionem à Principe conceſſam. Cravetta *conſil. 168.* Sed tamen (utrobique, ſive notum, ſive non notum crimen objiciatur) à tanto excuſatur, licet non à toto, qui objicit verum crimen, etiam animo injuriandi. Inde ſi in libello famoſo crimen alicui verum objiciatur, maximè quod publicè expediat notum eſſe; is qui libellum infamandi causâ ſcripſit, non eſt capitali pœnâ afficiendus. Fachin. *9. cap. 11.* Quodque fama in injuriis excuſet, evincit etiam Cravetta. *conſil. 386.*

An verò *excipiens adverſus actorem de aliquo crimine, vel alio, quod ſapiat iniuriam, teneatur actione iniuriarum, illud verò non probet?* vid. Magon. *deciſ. 26.* Item, *quando proteſtatio excuſet iniuriantem,* tradit Joſeph. Ludov. *deciſ. Lucenſ. 4.*

Injuriarum agenti, objicere is nequit, Retorſione actionem peremptam eſſe, qui retorſionem pro non legitima agnoſcit. vid. Dn. Harpprecht. *§. 12. Inſt. de iniur. n. 78. & mult ſeqq.* Dn. Bocer.

de famoſis libellis, c. 3. n. 45. &c. Berlich. *5. concl. 64.* Contradictoria enim quòd ſint, nemo non videt; retorſionem eſſe nullam, & eam perimere actionem. Adde Dn. Bachovium. *d. diſp. 30. th. ult. ad fin.* & Dn. Nebelkrä. *deciſ. 18.* Ac certè, ſi alicui non ſatis per retorſionem ſit cautum; tunc eſt iniquum, ipſi remedium non ſupereſſe.

TIT. XII.
DE SEPULCHRO VIOLATO.

20. *An mortui in civitate ſepeliendi? Et de pœna violantium ſepulchra.*

DIvus Hadrianus reſcripto pœnam ſtatuit quadraginta aureorum in eos, qui in civitate ſepeliunt. *l. 3. §. Divus. 5. h. tit.* Petr. Ærod. *rer iudicatar. lib. 6. tit. 9. cap. 2.* Dubitari ergò poſſet de conſuetudine, quâ mortui non in urbibus tantùm, ſed in ipſis quoque Templis ſepeliuntur. Hoc qui improbant, ita dicunt: Plurimùm valetudini nocetur per halitus, qui ex cadaveribus mortuorum in urbibus & templis tantò copioſiores exhalant, quantò locus eſt concluſior, & ob hominum frequentiam tepidior. Quos quidem halitus, præſertim ex eorum cadaveribus, qui peſte extincti ſunt, evaporantes, venenatos ac contagioſos eſſe, Medici teſtantur, & inter hos Levin. Lemn. *de occult. Nat. mir. lib. 2. cap. 3.* vid. Franc. Ripam. *tr. de peſte, cap. 4.* Hoſpinian. *de Templis. 3. cap. 1.* Gilken. *ad l. 2. in pr. C. de SS. Eccleſ.* Eruditiſſ. Jul. Cæſar. Bulengerum, *de Templis. lib. 3. cap. 42.* Sed major ratio contrarium ſuadet. vid. me, *tr. de vit. & mort. lib. 3. c. 2.* Conſideratio ſcil. mortis, quæ devota magis eſt, ſi in loco orationis, ubi frequenter comparemus, adſit adſpectus, & præſertim cognatorum defunctorum. Catholici inſuper conſiderant orationes pro defunctis, &c.

Quia non ſolùm Romani (id quod variæ, circa hanc materiam proditæ Leges teſtantur. Decian. *prax. crim. lib. 6. c. 40.*) ſed & aliæ gentes, ſepulchra in ſumma habuerunt religione: non immeritò eorum violatio, tanquam crimen atrox, olim ſemper ſacrilegio proxima judicata fuit. *l. 5. C. h.* Decian. *d. loc.* Ærodius *d. tit. 9. c. 1.* Indeque præter alias, quæ hujus nomine dantur actiones, quædam etiam oritur peculiaris: quæ à quolibet de populo, adverſus dolo violantes ſepulchrum, & civiliter & criminaliter

ter intentari poteſt. Et, ut corpora, vel oſſa, ex ſepulchro extrahentibus, ſi ſint inferioris conditionis, ultimum ſupplicium: ſin honeſtioris, deportatio, aut in metallum damnatio irrogatur; *l. ult. h.* Berlich. *tom. ult. concl. 47.* Ita eadem ferè pœna obtinet in iis, qui furcis affixos denudant, aut prorſus tollunt. Br. *in l. 4. Cod. de ſep. ſepul. viol.* Weſemb. *in Parat. h. n. 3.* Menoch. *arb. 4. caſ. 388. n. 13.* Berlich. *d. tom. concl. 48.* Ac item teneri ſepulchri violati, qui ſepulchro aut ſepulturæ deſtinata, eſt furatus: ſpuere item in cadaver, injuriam eſſe capitalem, Ærodius illuſtribus judiciis probat. *lib. 6. tit. 9. cap. 3. & cap. 5.*

Tit. XIV.

21. *De Abigeis.*

SI quis oves aut equos in ſolitudine relictos, abducit, non abigeus, ſed fur eſt; niſi ſæpiùs abegerit, & hanc quaſi artem exercuerit. *l. fin. h. tit.* Abigeatum ergò à furto diſcernit, non ſolùm quantitas: *l. 3. h.* (cùm abigeus ſit, non qui pecus unum; ſed qui gregem aut armentum, putà ex ovibus decem, ex porcis quinque, & ex equis vel bovibus unum, ſurripit, *d. l. 3.*) ſed & abigendi ſtudium, ſi ſcilicet quis ſæpiùs unum aut alterum ex pecoribus ſubtrahit. *d. l. 3. §. 2.* Plenius autem, id eſt, ſeverius coercetur, qui à ſtabulo domitum pecus abegit. *l. 3. §. 1. h. t.* Atrocius enim hoc delictum, cui adjuncta eſt violenta irruptio, magiſque Domino noxium, cui majori id curâ & ſumptibus habitum; ut non injuria ab Alb. Gent. *1. lect. 6.* notetur Cujacius Græcorum auctoritatē, pro plenius, lenius reponit, *lib. 6. obſ. 8.* At quis Abigeus dicatur, & quibus pœnis Abigei plenius puniantur. vide Peguerām. *deciſ. 29.*

Tit. XV.
DE PRÆVARICATORIBUS.

22. *An Advocati prævaricatio faciat ſententiam nullam?*

SEntentia ob prævaricationem advocati lata, non eſt ipſo jure nulla: ſed beneficio reſtitutionis in integrum retractatur. Quia perſona procuratoris & advocati, non de ſubſtantia judicii eſt. Ergò, nec eorundem colluſio aliquam nullitatem introducere poteſt. *l. 1. junct.* Gloſſ. *C. d. Advoc. diver. jud.* Boſſ. *h. tit. n. 6.*

Farin

Tit. XX.
DE CRIMINE STELLIONATUS.
25. *An hoc crimen famoſum ſit?*

STellionatus judicium famoſum non eſt. *l. 2. h.* Obſtare videtur *l. quid ergò. 13. ff. de his, qui not. infam.* Ego diſtinguo inter cauſam, ex quâ deſcendit Stellionatus crimen, famoſam, & nec famoſam: cum Duaren. *lib. 1. diſp. cap. 43.* Cujac. *1. reſponſ. Papin. p. 15. & 10. obſ. 26.* Weſemb. *in parat. h.* Hilliger. *18. cap. 17. lit. R.* & noviſſimè Dn. Bachovio. *ad diſp. Treutler. 8 th. 6. ad fin.* Aliter hanc rem conſiderant Dn. Bocer. *diſp. ſingul. ſubiunctâ tractatus de Crim. Maeſt.* Anton. Faber. *4. conject. 2.* & reliqui, qui jam ſuprà relati ſunt, *part. 1. delibatorum ad tit. de his, qui not. infam.* Et ita, ſi Stellionatus commiſſus ſit illo in caſu, ubi actio eo nomine competitura, aliàs infamiam irroget damnato; veluti in actione depoſiti, &c. ubi rei, præter extraordinariam animadverſionem, etiam infamiam incurrunt: quia & aliàs in privato judicio hâc tenerentur. Secus eſt, ſi hoc crimen ſit commiſſum circa illos contractus, quorum actiones privatæ per ſe non infamant: ut in pignore dando, & venditione. Ibi enim ex actionibus illorum contractuum, adeoque nec ratione hujus criminis damnatus ſit infamis.

Tit. XXI.
26. *De Termino Moto.*

TErminorum motores non pecuniariter tantùm puniuntur. *l. 1. h. tit.* Refragari videtur *l. 3 in princ. eod.* Sed ibi non intentata fuit actio extraordinaria de termino moto, verùm alia publica; ex lege Caji Cæſaris. Pacius. *cent. 7. ἐναντιοφ. quæſt. 59.* Weſemb. *hic.*

CINNUS
Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex libro XLVIII. Pandectarum.

Tit. I.
1. *De Publicis Judiciis.*

P*Ublica quænam, quævè privata delicta & iudicia ſint, at cur ita*

dicantur? in tanta ſententiarum diverſitate, haud ita in proclivi eſt enodare. Publica ſunt, inquit Julius Clarus, *lib.5.ſentent.§.1. in princ.* quorum accuſatio cuilibet de populo eſt permiſſa. Clarum ejuſdem Additionator Bajardus *ibi num.1.* reprehendit: Eò quòd accuſatio ſuſpecti tutoris, etiam cuilibet de populo competat; & tamen judicium illud non publicum exiſtat. Ergò Arumæus *diſp. ad ff. 25. th. 1* aliique *ex l.1.ff.h.* ita definiunt hanc rem: ut nempe delictum publicum ſit, quod publicorum judiciorum legibus comprehenſum, ab uno quoque ex populo deferri & accuſari poteſt. Sed ſanè ad denominationem eorum judiciorum multum confert; quòd olim ipſius populi, vel eorum, quos populus conſtituerat, ſuper his criminibus cognoſcendi jus erat, quod iis Reſpublica principaliter offendatur, quodque horum judiciorum à cæteris & in inſtituendo, & in exercendo magna diverſitas ſit de jure civili. Barn. Briſſon. *2. antiquit. cap.1.* Dn. Bachov. *ad Treutl. diſp. 31. vol. 1. th. 1. lit. a.* Licet hodie ex omnibus penè criminibus per inquiſitionem procedatur (quæ nota eſſe videtur publicorum judiciorum) ac accuſante Fiſcali, crimina quævis exerceantur. At verò differentia civilium & criminalium actionum hæc eſt: quod illis ad privatum ſuum commodum quiſque experiatur; his verò ad pœnam, vel corpori infligendam, vel fiſco adplicandam. Duar. *1. diſp. 35. & ſeqq.* Marant. *p. 4. diſt. 1. n. 2.* Clar. *d. §. fin. quæſt. 1. ſub n. 2.* Aleiat. *ad rubr. de iudiciis. n. 14. &c.*

TIT. II.
DE ACCUSATIONIBUS ET INSCRIPTIONIBUS.

2. *An Chriſtianus nocentem accuſare poßit, quando item Mulier & filiusfam. hoc poſſint.*

Accuſatio homini Chriſtiano licita eſt. *Joh. 18. v. 29. c. cùm in lege. 23. q. 4.* modò illa pio zelo, nec odio privato ſceleratorum hominum, ſed ad comunem Reip. quietem, tranquillitatemque moveatur. vid. Tib. Dec. *lib. 3. pract. crim c. 4.* Oportet enim ac expedit peccata nocentium eſſe nota: *l. 18. in pr. ff. de iniur.* & ideò accuſatores publicæ ſalutis cuſtodiam gerere, ac laudem maximam, præmiumque conſequi debere, dicuntur. *l. unic. verſ. ſanè. C. de famoſ. libell.*

Mulier regulariter accuſare nequit. *l. 1. l. 2. l. 8. ff. h.* At anné

inter

Inter caſus exceptos, eſt etiam ille, ſi mariti homicidam accuſare velit? Et quamvis hoc nullâ lege nominatim ei ſit permiſſum: cùm tn. queat mortem propinqui accuſare. *l. hi tamen. 11. ff. h. t.* multò magis poterit mariti cædem in judicium deferre. Br. *in l. 2. n. 2. ff. h.* Hancq; concluſionem extendo etiam ad ſponſam; quæ utpote in multis uxori æquiparatur. *l. 13. §. 3. ff. ad L. Jul. de adult. l. 5. C. de bon. quæ liber.* Utque id, & hoc in caſu fiat, ipſa æquitas ſuadet.

Filiumfamiliâs ſine conſenſu patris accuſare poſſe, Jul. Clar. *§. fin. q. 14. n. 5.* Proſper. Farin. *lib. 1. q. 12. n. 10.* aliique putant: & eam in rem adduci ſolet. *l. 6. §. 2. l. 37. ff. ad l. Jul. de adult.* ut & *l. 9. ff. de his, qui ſui vel alien. iur. l. 14. ad SC. Trebell.* Verùm, ſi poteſtatem patriam ex jure antiquo conſideremus, filio haud permiſſum eſſe videtur, ſine patris conſenſu alii periculum capitis creare, aut ſe ad pœnam talionis etiam capitalem obligare. Dn. Bachov. *d. diſp. 31. th. 5. ad fin. fol. 1171.*

3. *De Inquiſitione.*

Est & alius in criminalibus procedendi modus, ſcilicet per inquiſitionem; qui licet apud Romanos extraordinarius fuiſſe videatur, Dn. Bach. *d. l. th. 1. lit. e.* Fach. *lib. 1. controv. 34.* hodie tn. ordinarius planè eſt; nec ferè alius, niſi vel læſus, aut Magiſtratus ex officio accuſat. *Conſt. Car. art. 214.* Hackel. *illuſt. ult. th. 1. in fin.*

At de modo procedendi per inquiſitionem: & qualiter judicis arbitrium, in inquirendo ſe habere debeat, Magon. *deciſ. 22.* docet. Et quænam ſint legitima indicia, ad inquiſitionē ſpecialem, contra aliquem de crimine inſtituendam, tradit Menoch. *in praſ. 88.* Farinac. *de Inquiſit. q. 1.* Fachin. *9. controv. cap. 15.*

Tit. III.

DE CUSTODIA ET EXHIBITIONE REORUM.

4. *Jure civili libero homini ad criminis vindictam pœna carceris perpetui infligi nequit.*

Poſt accuſationem inſtitutam, ordinarium eſt, ut reus ex ſpeciali judicis præcepto in carcerem conjiciatur: *l. 6. in princ. C. de cuſt. reor.* ne elabi poſſit. *l. fin. C. de accuſat.* Ærod. *lib. 6. rer. indic. tit. 12.* Et ita jure Civili, libero homini ad criminis vindictam pœna carceris perpetui infligi nequit. *l mandat. 35. de pœn.* Rationem ſubjicit Ulpian. *in l. aut damnum. 8. §. ſolent. 9. ff. eod.* quòd car-

Digitized by Google

cer ad continendos homines, non puniendos haberi debeat. Quin & pro delicto aliquo, carcer ſolus, & ad hoc ſolùm, ut in carcere quis detineatur, tanquàm pœna adæquata, illo jure irrogari nequit. Dn. Reinhard. Bachov. *d. loco th. 6. lit. d. fol. 1180.* Secùs tamen eſt de Canonico jure, vigore cujus, Curiæ ſpirituales carcere tàm ad perpetuam, zum ewigen Gefängnus/ quàm ad pœnam temporalem utuntur, *c. ut commiſſi. verſ. & illorum. de hæred. in 6. & c. quamvis. de pœn. in. 6.* Andr Gail. *2. obſ. 26. num. 7. & lib. 1. de pac. publ. cap. 1. num. 23.* Dn. Schvvarzenthal. *lib. 3. proceſſ. cap. 13.* Damhoud. *in prax. rer. crim. cap. 16. n. 3. & ſeq.* Qui autem Metallis addicuntur, non videntur ad carcerem, ſed ad operas damnari. Sunt verò nonnulli à carceris moleſtiâ, ex privilegio liberati, ut Doctores juris, Inprimis, ſi de causâ civili, vel levioris delicti quæratur. Idque etiam extendi poſſe puto, ad Doctores Medicinæ. Peguera. *deciſ. 163.* Et eſt in arbitrio judicantis, num accuſatus ſub fidejuſſore relaxetur. Magon. *deciſ. 42.* Ac ut graviter punitur, qui Miniſtris Juſtitiæ armis reſiſtit, & cùm ab eorum manib. aliter ſe liberare nequit, unum atque alterum occidit: Peguera, *deciſ. 59.* Ita Officiales tenentur in Syndicatu, ſi ex levi causâ, aliquem carceri addicant. Peguera. *deciſ. 82.*

5. *Quando effractores ſint puniendi.*

CArcerum effractores licet innocentes reperiantur, puniendi nihilominùs pœna arbitraria ſunt. *l. in eos. 13. h. t. l. 1. ff. d. effractor.* Farinac. *quæſt. crim. 30. n. 2. & c.* Bachov. *d. Lit. d. fol. 1178. & c.* Judici enim, ejuſque æquitati confidere debent. vid. Peguerã. *deciſ. 1.* Tuſchum. *Lit. C concl. 88.* Iniquè tamen captus, & in carcerib⁹ detentus, ſi aliter injuſtã condemnationem, quam probabilibus ductus conjecturis (ex falſis forſan teſtibus, vel ex pravo & corrupto judicis animo) ſibi imminêre timet, evadere nequeat; cuſtodes dolo & ſtratagemate abſque ulla peccati labe, quantumvis ex ipſius fugâ eis damnum immineat, fallere, & datâ occaſione, vel carcerem frangere, vel vincula rumpere (imò ex ſententiâ nonnullorum, illos etiam occidere) atque ita effugere poteſt. Latè Covarruv *1. var. reſol. 2. n. 7.* Decian. *l. 2. pr. crim. c. 13. n. 4.* Farin. *d q. 30. n. 131. & c.* Kemberg. *d. def. q. 5.* Torreblanca. *3. c. 16. n. 41.* Cùm nempè ſanguinẽ proprium redimat, qui eo in caſu carceris cuſtòdes occidit. Licet occidere milites hoſtis, qui mihi inſe-

inferunt juſtum bellū, etiamſi illi non ſint in dolo: Ergò occidere poſſum Commentarienſem, qui me detinet injuſtè, etiamſi obediat juſſui Magiſtratus, & ita non peccet. Item innocens non eo fine aufugit, ut cuſtos innocens occumbat: ſed hoc peraccidens fit, & ideò inſpiciendus eſt ſcopus principalis. Cuſtos autem carceris ad quid teneatur, vid. Tuſchum. *lit. C. concl. 1120. &c.* Graviſſimè item puniendi ſunt illi, qui Judicis, ſatellitio, vel cuſtodiæ, aliquem eximere audent, vid. Speckh. *1. q. 60.* Magon. *deciſ. 90.*

Tit. IV.
AD L. JULIAM MAJESTATIS.

6. *An Imperator in Pontificem M. inſurgens committat crimen Majeſtatis?*

FRequens eſt apud Canoniſtas: Pontificem Maximum cœleſtis & terreſtris regni caput eſſe. Alex. Carer. *de poteſt. Pontif. l. 2. c. 3. n. 5.* Ipſi aërei, inquit Lipſius *in Diva Hallenſi*, terreni, inferi ſpiritus ſive Genii verentur ac trepidant, cœleſtemque illam in terris poteſtatem, vel inviti & reluctantes agnoſcunt. Hinc etiam in illū crimen Majeſtatis, à Sacratiſſimo Imperatore noſtro committi, aſſerunt Gygas. *tract. de crim. Maieſt. l. 1. rubr. qualiter & à quibus crimen læſ. Maieſt. committ. q. 2.* Tiber. Decian. *tract. crim. lib. 7. cap. 8. num. 1.* contra quos pugnat Dn. Bocer. *tractat. de crim Maieſt. c. 1. n. 30. & ſeq.* Allegatur pro ſententiâ cōmuniori; Pontificis ſubditum eſſe Imperatorem: *c. 1. & tot. tit. de conſuetud. in extravag.* & ita contra ſuperiorem inſurgentē reum eſſe Majeſtatis. Regerunt, qui ab Eccleſiâ Romanâ fecerunt ſeceſſionem: Papam eo ipſo Antichriſtianiſmum prodere, cùm Chriſtus illos, qui ipſum Regem creare geſtiebant, fugerit, Pontifex ipſe non requiſitus, in omnes ſibi dominiū auſit arrogare. Ac aſſertas fraudes; malaſque artes, quibus ſe ab Imperatorum obedientia ſubtraxerint, & dominium in hos ipſos nacti dicuntur Præſules Romani. Congeſſit Simon Schard. *tract. ſingular.* ac Morn. *in myſter iniquitat.* & notiſſima, ac ad nauſeam uſque repetita eſt illa Philippi Francorum Regis ad Bonifac. Papam reſponſio: Sciat tua maxima Fatuitas, nos in temporalibus nemini ſubeſſe. Fr. Hottom. *diſp. feud c. 9.* Noſtri inſtituti haud eſt, oppugnare Pontificiam ſedem, ſed potius illud indagare; An ex juris Canonici ratione vel textu, Imperator Pontificem oppugnans, poſſit pro

perduelli haberi? Quod forſan negari poteſt. Quia ſcilic. ratione temporalium, Pontificis ſubditus non eſt Imperator. At verò, cùm Reſp. Principes ac Reges, qui caput Eccleſiæ viſibile, Pontificem Romanum eſſe fatentur; Majeſtatem Chriſti Salvatoris noſtri in eo agnoſcant, non quidem, ut Regis omnium, ſed, ut Sacerdotis: indè ei cultum, venerationemque præſtare debent. Sed tamen, ſi ex cauſa ſeculari inter eos lis ſit, jure gentium ſibi invicem bella movent, verique hoſtes exiſtunt. vid. Ludovic. Bavari. *Imp. defenſ. contra Bzovium.*

7. *An & quando extraneus crimen Majeſtatis committat?*

EXtraneum non ſubditum, crimen Majeſtatis haud committere, vulgò & quidem rectè dici ſolet. *Clem. 2. d. ſent. & re iud.* Alber. Gent. *diſp. 5. ad L. Jul. Maieſt* Farinac. *queſt. 51. num. 80.* Sed id limito in extraneo eo, qui in alterius Principis territorio verſatur, inibiq; aliquid hoſtile contra illum machinatur. Eſt namque peregrinus in alieno territorio verſans, eo nomine etiam aliquo modo ſubjectus. ut dixi, *in tract. iur. civium, cap. 6.* Sed adde Arum. *ad Auream Bull. diſc. 1. num. 21. fol. 37.* Ac ideò forum ex delicto ſortitur, & etiam ſecundum Leges loci delicti punitur, &c. Sicque Maria Stuarda punita fuit, quaſi peccaſſet in Anglia contra Reginam.

8. *Fœderatus non committit crimen Majeſtatis.*

Fœderatum populum, ſi contra Imperatorem, vel alium majorem, quid moliatur, criminis Majeſtatis reum fieri poſſe, indiſtinctè aſſerunt Hieron. Gigas. *de crim. leſ. Maieſtat. lib. 3. rubr. de rebell. queſt. 21.* Tiber. Decian. *tractat. crim. lib. 7. cap. 5. num. 19.* Sunt qui diſtinguunt inter fœdus æquum, & id, in quo alter alterius Majeſtatem obſervare tenetur. *l. 7 §. 1. ff. de capt. & poſtl. reverſ.* Ego nullum fœdus (ita propriè dictum) arguere ſubditum ſtatuo: *d. l. 7. §. 1. de captiv. & poſtl.* atque ideò nec crimen Majeſtatis à fœderato committi poſſe, aſſero. *clem. paſtoralis. §. rurſus. de ſent. & re iudic.* vide Bodin. *1. de Republ. 6.* & Clariſſim. Dn. Henr. Bocerum, *b. c. 1. num. 44. ac quoque me in tr. d. fœderib. non uno loco.*

9. An

9. *An is, qui Duci, Comiti, &c. Imperio immediatè ſubjecto, inſidias ſtruxerit, vitavè periculum creaverit, Majeſtatis crimen committat?*

ELegans & magni momenti quæſtio eſt, *An is, qui Duci, Comiti, &c. Imperio immediatè ſubiecto inſidias ſtruxerit, vitavè eius periculum creârit, in crimen incidat Maieſtatis?* Affirmant Julius Clarus. *ſentent. 5. §. læſa Maieſt. crim. num. 3.* Laudenſ. *tractat. de crim. læſ. Maieſt. quæſt. 1.* Gygas. *rubr. qual. & à quib. &c. quæſt. 29.* Joh. Papon. *lib. 22. tit. 1. arreſt. 1.* Negant verò M. Anton. Peregrin. *de iure fiſc. lib. 4. cap. 5. num. 24.* Weſembec. *in parat. ff. hic num. 7.* Fachin. *9 controv. 32.* Rodolph. *d. Ducib. num. 33.* ubi quod non ad filios tranſeat tale delictum, nec de eo poſt mortem cognoſci poſſit, &c. Poſterior ſententia, ex principiis politicis ita à quibuſdam firmatur: quòd ſcil. crimen Majeſtatis in eum tantùm committatur, qui Majeſtatem habet. Cùm nempe hoc crimen dictum ſit ab objecto, in quod peccat. Dn. D. Bocer. *d. tract. cap. 1. num. 1.* Duces verò, Comites, &c. Imperii, carere videantur Majeſtate. Nec obſtare ajunt, quod contrariæ ſententiæ defenſores, Magnates Imperii ſimiles eſſe ajunt Magiſtratibus, Proconſulibus, Præſidibus Provinciarum populi Romani, item Conſiliariis Imperatoris. Horum autem, qui quem offendit, ipſum Populum Romanum vel Imperatorem offendere dicatur. *l. 1. ff. & l. 5. C. ad L. Jul. Maieſt.* Etenim longè aliam rationem fuiſſe olim Præſidum, Proconſulum, ut & Conſiliariorum Principis, ac Principum Imperii hodiernorum. Illos enim â Populo Romano, & Imperatoribus in provincias miſſos, poſt breve tempus diſcedere coactos, omnia deniqùe alieno, nihil proprio nomine peregiſſe. Meritò igitur, qui officiales ejuſmodi offendebat, ipſum etiam Imperatorem læſiſſe: quam eandem etiam rationem, in Conſiliariis Imperatoris (ut qui pars corporis ejus dicuntur. *d. l. 5. in pr. Cod h. tit.*) valuiſſe. At minimè eam ad noſtros Imperii Duces, Comites, &c. extendi debere. Non enim eſſe Magiſtratus miſſos in provincias ab Imperatore Romano, non etiam Imperatoris gerere vicem, & ejus negotia expedire, ſed omnia peragere nomine ſuo. Ceſſante ergò omni relatione, affectione & σχέσει, quæ eſt inter Procuratorem & Dominum, inter principalem & vicarium, inter corpus & ejus membra; conſequens eſſe, per Ducum, Prin-

Principum, Comitum, &c. latus, ipſum Imperatorem minimè lædi. Ajunt Electores habere in Aurea Bulla Privilegium ſingulare. Ergo, hoc firmare regulam in contrarium.

Quâ de quæſtione, etſi eum, qui certi aliquid definire velit, arcana Imperii, & jura Statuum penitiùs exploratum habere neceſſe ſit: attamen magis eſt, ut dicamus, Majeſtatem ipſius Imperii lædi, ſi quis violet ſtatum aliquem illius. Non enim officiales ſolùm, ſeu Magiſtratus, ſed quod plus eſt, vicarii quoque, & corporis univerſi membra ſunt; quibus offenſis, non poteſt non totum corpus dolere. argum. *Aur. Bull. cap. 24.* Si modò aliquis in qualitate ſtatus offendatur. Nam & expeditum eſſe videtur, non ſtatim qui conſiliarium Principis offendit, crimen committere Majeſtatis; niſi id odio in Principem, ac in eos quà tales, fuerit factum. Arum. *d. diſp. 25. theſ. 2.* Petr. Theodoricus *in colleg. criminal. diſp. 5. lit. c.* Ut pariter tùm demùm crimen id perpetratur in perſona Magiſtratus; ſi quid contra eum fiat, ut Reipublicæ tranquillitas turbetur; Non ſi occaſione litis privatæ, nec intuitu Imperatoris vel Imperii offendatur. Berlich. *3. concl. 8. num. 15.* Quamvis enim *l quiſquis 5. C. h.* non diſtinguat: ſed ratio & gravitas pœnæ, & ipſa proprietas verborum hoc ſuggerit diſcrimen. Sed ais: Hâc ratione committi in quolibet crimen Majeſtatis, ſi etiam viliſſimus ſubditus, in contemptum Principis offendatur. Reſpondeo, injuria fit Principi, ſed non ſtatim crimen eſt Majeſtatis: niſi quis ſimùl aliquid contra Rempublicam machinetur. Quod autem Rodolphinus. *d. l.* tandem ait, verè committi Majeſtatis crimen, idque latiſſimè probat, *& n. 118. &c.* contrariis reſpondet. Ac *n. 121.* ſcribit: Tales Principes Leges condere poſſe, quibus puniantur earum offenſores, pœnâ criminis Majeſtatis. Is loquitur ibi de Ducibus Italiæ, qui nunc noſtris ſunt liberiores: & in quos propriè non intuitu Imperatoris vel Imperii, committitur Crimen Majeſtatis. Porro, cur ejus ædes aratro proſcindantur, & ſale aſpergantur, qui crimen committit Majeſtatis. vid. Parlador. *1. c. 21.* Sed verò, quod Majeſtatis reorum filii etiam puniuntur, hoc conſuetudine abolitum ait Rodolphin. *d. l. numer. 422.* Et de ſeditioſis, vide plura in proceſſu. Rosbachii criminali.

10. De

Digitized by Google

10. De crimine Majeſtatis divinæ, quâ tenentur ſagæ & blaſphemi.

EST & crimen Majeſtatis divinæ. Hocque committunt Sagæ: & ideò nonnullis in locis earum bona confiſcantur. Dn. Frid. Martin. *in fin. tr. de cenſib.* Et eæ ob ſolum pactum occidendæ videntur: quod & approbatur conſtitutione Electoriâ Saxonica. vide Forſter. *d. pact. cap. 5. n. fin.* *At quando illæ ſint torquendæ? An ſi in tortura ſileant, debeant abſolvi? Utrum purgatio per aquam frigidam habeat locum?* diſquirit Daſſel. *conſ. 20.* Adde Conſil. Altorff. *33. & 34.* Ac de Sagâ, aliquem inſtigante Diabolo inculpante *ibid. conſ. 45.* Offenditur & Majeſtas divina blaſphemando: de cujus delicti pœna, & quando commiſſum cenſeatur, vide Speckhan. *1. quæſt. 4.* Non enim pro tali habetur das gemeine fluchen und ſchwören: quamvis etiam graviſſimam mereatur pœnam.

TIT. V.
AD L. JUL. DE ADULTER.

11. De pœnis adulterii, & num adulterium homicidiô gravius ſit delictum?

ADulterium etiam unum ex graviſſimis criminibus eſſe, variæ apud varios populos pœnæ ei impoſitæ, demonſtrant. Apud Ægyptios enim *(ut lib. 2. Biblioth. Diod Siculus. c. 3. ait)* deprehenſus in adulterio, mille plagis cæſus, caſtrabatur. Parthi nulla delicta adulteriis graviùs vindicabant. Juſtin. *lib 41.* Moſchovitæ adulteros in partes diſſecant. Sigiſmund. Herberſtein. *in commentar. rer. Moſch.* Hebræi eos plerunque lapidibus obruebant; *Ezechiel. 16.* interdum comburebant. *Geneſ. 38.* Perſæ etiam in eos capitali pœna animadvertebant. Fr. Patriti. *4. de regno. 11.* Apud Romanos ante Legem Juliam variè puniebantur. Lege enim Romuli, marito & cognatis adulterii vindicta deferebatur: Bodin. *in method. Hiſtor. cap. 4. ex Gellio.* Qui interdum mutilatione membrorum adulterum puniebant. Martial. *3. Epigr. 83.*

Quis tibi perſuaſit nares abſcindere Mœcho:
Nil hâc peccatum eſt parte, Marite tibi.

Plerunque ultra centeſimum lapidem relegabant. Bodin.

dicto loco. Conſtat tamen, in ſequentibus temporibus, etiam magiſtratuum hâc in re inſpectionem fuiſſe. Sic enim Livius *dec. 3. lib. 5.* Ædiles plebei aliquot matronas apud populum probri accuſarunt, aliquot ex eis damnatas in exilium egerunt. Erat & ea pœna recepta, ut adulteras è ſaxo Tarpejo deturbarent. L. Senec. *lib. 1. controverſ. 3.* Inceſta, ait, de ſaxo dejiciatur. Sed majoris eſt diſquiſitionis, quæ pœna adulterii fuerit ex Lege Julia? Ego cum Dn. Bocero, Cujacio, *obſervat. lib. 6. c. 11.* Briſſon. *tract. de adulter.* Marcilio. *ad §. item lex. Jul. de adulter. Inſtitut. de publ. Judic.* Joh. Hortenſio. *ibidem.* contra Lyclamam. *2. membr. eclog. 9. & 10.* relegationem eam fuiſſe conjicio. vid. D. Auguſtin. *3. d. civitat. Dei. c. 5.* Quanquam ſæpiùs ea pœna fuerit vel exaſperata vel mitigata, quod ex hiſtoria facilè probatur. vid. me *lib. 1. polit. c. 10. num. 22. §. 2.* laté item & optimè Dn. Bachov. *ad Treutler. vol. 2. diſput. 32. theſ. 2. lit. d. f. 1241.* Hodie varia hujus criminis eſt pœna, & rarò mortis. Peguera. *deciſ. 92.* Jure Würtembergico ſecunda vice deprehenſus, ſi prius punitus ſit, decapitatur.

Eſt & adulterium moribus noſtris, ſi maritus rem habeat cum ſolutâ. Et ſic ceſſat dubitatio, num uxor maritum adulterii reum facere queat? vid. Peguer. *deciſ. 94.*

Eſt & adulterii pœna illa, ut uxor perdat dotem, eamque maritus lucretur. Peguera. *deciſ. 93.* Rauchb. *1. quæſt. 47.*

Diſputari hîc ſolet, *numnè adulterium, homicidiô gravius ſit delictum?* Dn. Gerhardi. *9 polit. dec. 6. quæſt. 8.* Quod forſan propterea negari poſſet, cùm ei, contra quem homicida deliquit, ſpatium adimatur reſipiſcendi. Et diſquiritur item; An adulterio per ſtatutum remitti poſſit pœna, jure Moſaico & Cæſareo huic delicto præſtituta? vide me, *dict. loc. & lib. 2. polit. c. 2. numer. 25. §. 2.* Gravett. *conſil. 137.* Certè quamplurimis in locis hoc fieri videmus, & refert ex Thuano eloquentiſſimus Dn. Thom. Lanſius, *orat. contra Gall. fol. 303.* in Gallia nonnullos fuiſſe teſtatos, ſe à Proteſtantibus ſemper futuros alienos, quòd adulteriis hucusque impunitis, nova & apud Gallos inaudita ſeveritate, capitis ſtatuerent pœnam. Illud æquum magis eſſe videtur, ut in matrimonii honorem, adulterii mitigetur pœna. Andr. Schæffer. *part. 1. quæſt. 19. & 22.*

12. An

Digitized by Google

12. An ſponſa committat adulterium? Item: An vindicetur adulterium in eaque ſe vulgo proſtituit? Et denique: An oſculum præbeat legitimam adulterii præſumptionem?

ADulterium etiam ſponſa committit, idque in ea vindicandum eſſe divi Severus & Antoninus reſcripſerunt: quia nec ſpem matrimonii violare permittitur. *l. ſi uxor. 13. §. Divi. 3. ff. ad L. Jul. de adulter.* Lyclam. *6. c. 18. fac. l. 15. §. 24. de iniur.* Nec quidquam ad rem facit *l. 11. §. quærebatur. ff. eod.* quia ea obtinet, ſponſâ non ampliùs ſponſa exiſtente, ſed alteri à patre in matrimonium tradita. Quam excuſat juſſus paternus. Cujac. *6. obſer. 16.* Dn. Præcept. & Collega Harpprecht. *ad §. 4. num. 8. & ſeqq.* Eleganter Anton. Faber. *3. coniect. 6.* Barnab. Briſſon. *lib. ſingul. ad L. Jul. de adult.* Clariſſ. Buſius *ad l. 13. §. Divi. ff. d. tit.* Nec diſtinctionem admitto, inter eam, quæ vocatur de præſenti, ac illam, quam indigitant de futuro, vid. Hackelman. *ult. ill. theſ. 16.* opt. Dn. Theodoricus *in colleg. crim. diſp 6. theſ. 2. lit. b.* De pœna contrahentium bina ſponſalia. vid. Speckhan. *1. quæſt. 70.*

Vindicatur etiam adulterium in eâ, quæ ſe vulgò proſtituit. *l. ſi uxor. 13. §. ſed & in ea. 2. ff ad L. Jul. de adult.* videatur P. Buſius. *ad d. l. 13. §. 2. ff. h. tit.* Eman. Soarez. *in theſ. recept. ſent. verſ. meretricis raptor. num. 139.* Arum. *d. diſput 15. theſ. 6.* Heigius *part. 2. quæſt. 29. num. 26. & ſ.* Bronchorſt. *cent. 4. aſſert. 80.* Daſſel. *conſil. 31.* Moller. *2. ſemeſt. cap. 36.* Cujac. *lib. 6. obſ 16.* Sed per *legem 22. & 29. C. tit. eod.* magis eſt, ut dicamus, vindicari adulteriũ in fœmina tali; virum aliquo modo excuſari. Theod. *d. th. 2. lit. g.* Dn. Bachov. *d. theſ. 2. lit. ò. fol. 1240.* Nec etiam dubium eſt, in eâ, quæ ſe proſtituit olim, & poſteà matrimonium init, adulterium in viro quoque vindicari. Mutuum adulterium, reciproca hincinde factâ remiſſione, vel delicti cum delicto compenſatione, mitiùs punitur. Schæffer. *3. quæſt. 2.* Plures quoque rationes, ob quas adulterium excuſatur, habet Tenninus. *cautel. 6.* Locus item adulterio eſt, in matrimonio putativo. Gravetta. *conſil. 205.* Si mulier fateatur, non vir, damnari illa non poteſt ad mortem. vide de adnot. Kuyck ad Gravettam, *conſil. 868.* Daſſel. *conſil. 21.* ubi *ſi minimus fuga accedat.*

Oſculum minimè præbet legitimam adulterii præſumptio-

 nem.

nem. Non ergò, ut propter adulterium, ſic & propter oſculum privanda eſt mulier dote. Dn. Harpprecht. *§. 4. num. 26. & ſeqq. Inſt. de publ. iud.* Dn. Bocer. *tractat. de quaſt. cap. 3. num. 19.* Menoch. *libr. 5. præſumpt. 41. n. 26.* Diſſentit Bald. referente Alciat. *παρεργων. 10.* Maſcard. *de probat. concluſ. 64. vol. 1.* Adulterium autem probari cenſetur ex præparatoriis quoque, ſi ſolùm ad dotis amiſſionem agatur, Bolognet. *ad rubr. C. d. edendo. num 19. &c.* Si tamen Presbyter, alterius uxorem deoſculetur, volunt quidam, quod præſumatur id facere causâ imprimendæ benedictionis. Sed hodiè non tantum fidei habent, idque forſan ex malè ſervata fide, ut jocatur Petrejus *concl. crim. 92.*

13. *De lenocinio, ſtupro, inceſtu, Sodomia & raptu.*

Lenocinium etiam (hodiè præſertim) gravius adulterio punitur. Quid autem illud ſit; & quinam in lenocinii crimen incidant, & quâ pœnâ lenones puniantur? vid. Peguer. *deciſ. 15.*

Et poſſunt quoque, ac debent viles, & inhoneſtæ mulieres, à vicinia honeſtarum mulierum expelli. Peguer. *deciſ. 12.*

Huc pertinet etiam pœna & materia ſtupri, de qua Joſ. Ludov. *deciſ. 61.* Agit item de pœna ſtuprantis virginem, & quis partum alere teneatur, ſeu pater probetur, Teſſaur. *deciſ. 3.* De ſtupro Domini, cum domeſtica, vide Pfeil. *conſil. 148.* Gravius autem puniendus eſt ille, qui in via & ſtrata publica amplectitur aliquam domicellam, invitam & acclamantem, illius pudicitiam attentando. Peguera. *deciſ. 7.*

Stuprum violentum id patientem præter voluntatem, non infamat. Pfeil. *conſ. 147.*

Adulteriis graviora ſunt alia crimina, putà inceſtus, ſed quod is mitiùs puniatur, ſi quis uxoris mortuæ ſororem comprimat ſub matrimonii ſpecie, conſuluit Incluta Ac. Altorff. *conſ. 29.*

Graviſſimum item crimen eſt Sodomia, & omnis actus venereus præternaturalis: vide Peguer. *deciſ. 72.* qui idem *deciſ. 75.* tradit, quomodo puniatur, qui actum non perfecit, &c.

Pertinet quoque hùc raptus, & adeò grave ille eſt crimen, ut Raptor contrahens matrimonium cum muliere raptâ, non evitet pœnas à Lege Civili propter raptum impoſitas. Radulph. Fornerius, *lib. 1. rer. quotid. cap. 5.* Peguera, *deciſ. 42.* qui idem *de-*

ciſ.

Digitized by Google

ciſ.ſeq. docet: *An & quando Raptores mulierum puniantur pœnâ mortis naturalis?*

TIT VI.

14. Ad L. Jul. de vi publica.

PUblicam quidam vim eſſe dicunt, quæ armis; privatam, quæ infertur ſine armis. Duar. *1. diſp. cap. 22.* Petr. Theodor. *diſp. 6. th. 7. lit. e.* aliter Cujac. *ad Paul. 1. ſent. 26.* & Robertus. *3. ſent. 22.* Rectiùs ego definiri poſſe vim publicam ſtatuo, quæ ſecuritatem publicam turbat: *l. 1. l. 2. l. ult. & tot. tit. ff. ad L. Jul. de vi publ.* Vim privatam, quæ ſecuritatem privatam violat. *l. 4. in pr. & §. 1.* & *l. 6. ff. ad L. Jul. de vi privat. l. 1. l. 5. C. ad L. Jul. de vi publ. vel privat.* Dn. Præceptor Bocer. *claſſ. 4. diſp. 13. theſ. 4. & 37.* v. Fach. *9. c. 102. & adnot. ad conſil.* Cravett. *conſ. 697.*

Pertinet huc Conſtitutio publicæ pacis, de qua poſt Gailium, videri poteſt Roſacorb. *cap. 100. & ſeqq.* Ejuſque pœna, ligat etiam heredes, Roſacorb. *cap 97.* Non verò eum, qui poſſeſſionem ſuam, vel defendit, vel recuperat. Pfeil. *conſil. 145.*

TIT. VII.

AD L. JUL. DE VI PRIVATA.

15. Qui creditum vi recuperat jus crediti amittit, licet Mulier vel ruſticus ſit.

IN *l. fin. h. tit.* extat Decretum Divi Marci, quo jubetur jus crediti amittere creditor, qui non exſpectatâ ſententiâ judiciali, creditum vi recuperavit. Hinc quærunt Dd. noſtri: *Annon fœmina, ruſticus, miles, & ſimiles perſonæ excuſentur, ſi ex huius decreti ignorantia peccaverint?* Menoch. *remed. 9. recup. poſſ. quæſt. 1.* negat. Affirmativam defendunt principia Ethica, & illa regula juris, quòd ruſticus, fœmina, &c. ob ignorantiam juris in damnum non incurrant. *l. 2. §. fin. de iure fiſc.* Dn. Præceptor Harpprecht. *ad §. ita tamen. Inſtit. de vi bon. rapt.*

TIT. VIII.

AD L. CORNEL. DE SICARIIS.

16. An is, qui Titium interficere volens Sempronium errore interfecerit, pœnâ legis Corneliæ afficiatur?

HAud levis eſt controverſia: *An is, qui Titium interficere volens,*

lens, Sempronium errore interfecerit, Legis Corneliæ pœnâ afficiendus ſit? Id quod affirmo cum Dn. D. Harpprecht. *in §. 5. num. 209. Inſt. de publ. iud.* Jul. Clar. *5. ſent. §. homicidium. n. 6.* ubi ait: ego, ſi caſus incideret, facerem ipſi amputare caput. P. Buſius *ad l. cum ſervo. 4. ff. de iniur.* Thoming. *deciſ. 38. n. 7. & ſeqq.* Georg. Adelbert. Burckhard. *in append. ad Voltzii comment. de L. Corn. de Sicar. n. 10. & ſeqq.* adde Vaud. *1. q. 46.* Theſſaur. *deciſ. 243.* Fachin. *1. controv. cap. 37.* Adſunt hîc nempe omnia ad pœnam ordinariam infligendam requiſita: homicidium ſcil. commiſſum, idque dolo malo, animoque occidendi factum fuit. Nec ad rem eſt, quòd manus aberravit, cùm voluntas & propoſitum in alio æquè innocente habuerit effectum. *fac. l. 1. in pr. & §. 3. l. 7. l. 14. ff. h. l. 18. §. 3. ff. de iniur.* vid. Dn. Bachov. *d. diſp. 32. th. 6. lit. a.*

Quamvis non occiderit Titium, tamen voluit occidere hominem, Idque etiam fecit: quod & ſufficiens eſt. Nec enim dicitur Titiicidium, ſed homicidium.

Nec obſtat text. *l. 3. §. ultim. l. 4. ff. de iniur.* quòd qui voluit verberare ſervum, & verberat liberum, injuriarum non teneatur. Reſp. enim, in ſervo non committi injuriam, ſed in perſona Titii homicidium committi poteſt.

Homicidia tumultuoſa gravius puniuntur. *Conſil. Altorff. 100.*

Et de cauſa homicidii, in officiali Principis, à civibus, per tumultum perpetrati. vid. etiam *Conſ. Altorff. 101.* Ob homicidium cùm plures adfuerunt, ob incertitudinem omnibus parcendum eſt, ſi non ſinguli ſint in dolo. Speckh. *1. q. 42.* Peguer. *q. 14. & 62.* Joſ. Ludov. *deciſ. Lucenſ. 16.* Daſſel. *conſ. 34.* Ac item dolus regulariter non præſumitur, & pro tanto punitur: licet non pro toto, ſi occidens habuit aliquam cauſam: Roſacorb. *c. 98.* putà ſi verbis injurioſis provocetur. Peguer. *q. 78.* Daſſel. *conſ. 13.* Sicq; extraordinariæ pœnæ locus eſt, ubi defenſio plenè probari nequit Conſ. Altorff. *37.* *Quomodo autem articuli ſint formandi, quomodo item teſtes deponere debeant, ſi accuſatus velit in totum abſolvi?* vid. Daſſel. *conſil. 24.*

17. *An is, qui mandavit Titio, ut Mævium vulneraret, cùm Mandatarius fines Mandati egreſſus Mævium occidiſſet, ordinariam homicidij pœnam ſubiturus ſit?*

Illu-

ILluſtris quæſtio eſt: *An is, qui mandavit Titio, ut Mævium vulneraret, cùm mandatarius fines mandati egreſſus Mævium occidiſſet ordinariam homicidii pœnam ſubire cogendus ſit?* Quod regulariter negandum videtur. Illud enim Legis Corneliæ proprium exiſtit, neminem punire, niſi propoſitum occidendi alterum habuerit: *l. 7. hoc tit.* Atqui mandator in hoc noſtro caſu non mandavit Titio, ut Mævium occideret, adeoque caruit animo occidendi. Et ideò non pro conatu occidendi in mandante haberi poteſt: cùm ille animnm requirat ad factum deſtinatum. At, ais, vulnera ad menſuram infligi non poſſunt, nec quis ſtateram in manibus habet, quâ ictus & vulnera ponderare poſſit, ne quæ lethalia infligat. Veruntamen hæc non conſiderâſſe, culpa eſt, non dolus; ob culpam verò nemo Legi Corneliæ ſubjici poteſt. *l. 7. ff. h.* Dn. Harpprecht. *ad §. 5. de publ. Jud.* Carer. *in pract. crimin. tit. de homicidio. §. circa. num. 83.* Fachin. *1. controv. 36.* Diſſentit Jul. Clar. *lib 5. ſent. §. fin. q. 89. n. 5.* Gomez. *tom. 3. var. reſolut. cap. 3. n. 18.* Volz. *comment. ad L. Cornel. de ſicar. cap. 6. num. 28.* ibique Burckard. *in append. n. 84. & ſeqq.*

18. De neceſſaria defenſione.

PAucis etiam hìc de neceſſaria defenſione (ob quam noſtri homicidium coactum indigitant (agendum erit) de qua v. Bolognet. *ad l. ut vim. 5. d. iuſt. & iur.* Magon. *dec. 56.* Et itaque primò omnium ſciendum eſt, defenſionem omni jure. omnique in foro, licitam reputari. Non enim cogor mori de jure Poli. Ac ut Ovid. *lib. 3. de arte amandi* canit:

Iudice me, fraus eſt conceſſa repellere fraudem.
Armaque in armatos ſumere iura ſinunt.

Eſt enim (ut elegantiſſimè Cic. *in Miloniana* ſcribit) hæc non ſcripta, ſed nata lex, quam non accepimns, didicimus, legimus, verum ex naturâ ipſâ arripuimus, hauſimus, expreſſimus; ut ſi in vim, ſi in tela, ſi in latrones inciderimus, omnis honeſta ſit ratio expediendæ ſalutis. Cui aſſentitur omninò Juriſconſultus Florentinus *in l. 3. ff. de Iuſt. & Iur.* cum ait: jure hoc evenit, ut, quod quiſque ob tutelam corporis ſui fecerit, jure feciſſe exiſtimetur. Nec etiam putamus, primum ictum exſpectandum eſſe. Non enim hoc requirit Conſt. Carolina *art. 140.* Non item exigimus paritatem armorum. Eſt namque hoc contrarium naturæ defenſionis.

Digitized by Google

ſionis. Si ergò Titius Cajum gladio adoriatur, Cajus gladio, vel bombardâ ſe defendere poterit. Fugam tamen interdū aggreſſum arripere & poſſe, & debere, Chriſtiana charitas ſaudet: Kremberg. *d. defenſ. q. 6.* Quòd ſi verò prævidere quis queat, aggreſſorem nihilominùs inſecuturum, & ſpiritus audatiores ſumpturum; ſtet potius, & fortiter adverſarium, qui ſuum ipſius vult infortunium, excipiat. Ut itaque legitimè hæc defenſio fiat, requirimus moderamen inculpatæ tutelæ, ſeu offenſioni proportionatam defenſionem: hoc eſt, ut (1) non animo ulciſcendi, ſed periculum propellendi, expediatur. (2) ut in continenti fiat, non ex intervallo: ſiquidem tunc non amplius defenſio, ſed vindicta eſſet (3) ut defenſio offenſioni ſit proportionata. Arumæ. *diſp. ad ll. 1. th. 2.* Dn. Harppr. *add. §. 5. n. 111. Inſt. de pub. iud.* Farinac. *lib. 4. prax. crim. tit. 14. q. 125.* Ayrer. Obrechtus, Ego & alii *in comment. ad l. 3. ff. d. inſt. & iure.* Lycl. *ult. c. 16.*

19. *De Philtris.*

PHiltris aliorum amorem ſibi conciliare, res eſt mali exempli. *l. 38. §. qui abortionis. 5. ff. de pœnis.* Hincque leges noſtræ, contra juris regulam, quâ in lège Corneliâ animus occidendi ſpectatur, non etiam culpa admittitur; eum, qui amatorium poculum dedit, mortuo eo, qui hauſit, morte puniunt. *d. l. 38. de pœn.* Attamen, ſi rem diligentius introſpexerimus, dolum etiam & occidendi animum in hoc facto inveniemus; ſaltem implicitum. Is enim, qui prębet tale poculum, finem quidem ſibi proponit, amoris conciliationem; non tamen ignorat, poſſe etiam philtrum haurienti perniciosum eſſe, poſſe illud furoris cauſam præbere, poſſe etiam hominem omninò vita deturbare. Atque ita, licet non directè, & principaliter, tamen aliquo modo, etiam occidendi animus inibi adeſt. Dn. Præc. Harppr. *d. §. 5. n. 64. Inſtit. de publ. iud.* Damhoud. *in prax. crimin c. 61. n. 88.* Et philtra per ſe ſunt illicita, & Magicam reſpiciunt pravitatem. Ita quoque licet non ſit in dolo ratione mortis, qui per philtrum occidit: eſt tamen in dolo, quod dat Philtrum.

20. *An Magi & Sortilegi revera ſint?*

QUamvis Maleficos & Sortilegos revera eſſe, multi adhuc dubitare auſint; hæcque omnia per ſomnium & imaginatio-
nem

Digitized by Google

nem quandam fieri putent: eò quòd plerumque deliræ, melancholicæque ſint anus, quæ talia de ſe confiteantur Wierus, *tr. de præſtig. dæmon paſſim* Gilhauſen. *in arb. iud. crim. c. 22.* Gœdelm. *de Lamiis. l. 2. c. 6. n. 17.* Verùm longâ experientiâ eſt compertum, ex omni ordine mortaliumque ſtatu, non vetulas ſolùm imprudentes, ſed & ætate integrâ plures: quin imò, viros quoque Diabolicæ huic ſocietati fuiſſe addictos. Quibus etiam illorum conſentiens per omnia teſtimonium accedit, qui ſagarum conventibus obviam facti fuêre caſu. Itaque ſortiarios & ſagas in rerum exiſtere naturâ, nullo modo dubitari poteſt. Bodin. Remigius. Sereniſſ. Magnæ Britanniæ Rex Jacobus, & imprimis. M. Anton. Delrio *in tractatib. hoc de argumento conſcriptis.* Nec exiguam ſuſpicionem Atheiſmi eſſe puto, ſi quis talia negare auſit. Nam Atheorum propriũ eſt, ſpiritus negare, & nil credere, niſi quod vident. At, *an tantum imaginantur delicias?* vide Merulam *Memorabil. 1. cap. 13.*

TIT. IX.

DE L. POMPEIA, DE PARRICIDIIS.

21. *De pœna parricidii.*

ANte Conſtantinum Imperatorem (imò & antè Pompeji Legem) parricidæ culeo inſuebantur; ſoli, vel cum ſimiâ, & vipera. Conſtantinus (ut quidam putant) primùm duas beſtias, canem & gallum gallinaceum addidit. *l. unic. C. de his. qui parent. vel liber. occid.* D. Harpprecht. *ad §. 6. num. 17. Inſt. de publ. iud.* Adde Hieron. Magium. *lib. 4. miſc. c. 8.* Decian. *l. 9. tr. crim. c. 16. n. 7. &c.* Quod ſi ita eſt, ſequitur Legem *penult. hoc tit.* à Triboniano interpolatam eſſe. (Quod tamen ipſum optimo jure facere potuiſſe, nec ideò reprehenſionem incurrere, Hunnius probat *de author. & interpr. lib. 2. cap. 2. quæſt. 4.* ego ad titulos aliquot *lib. 1. ff. in præcogn. quæſt. 11.*) Ni dicere velimus, Conſtantinum pœnas illas propter earum immanitatem abolitas; iterum in uſum revocâſſe *Paul. lib. 5. ſentent. tit. 24.* Quod mihi magis probabile videtur. Dn. Ritterſhuſ. *ad ll. 12. tab. claſſ. 2. c. 11.* Verùm Mater infantem vivum occidens, quomodo ſit punienda? vide Teſſaur *deciſ. 13.*

Digitized by Google

TIT. X.

AD L. CORNEL. DE FALSIS.

22. *De pœna falſam monetam fabricantis.*

QUi falſam monetam fabricant, flammarum exuſtionibus mancipantur. *lib. 2. Cod. de falſ. monet.* Huic Legi refragari videtur, *l. 1. Codic. eod.* ubi monetæ adulteratores capitali pœnâ tantùm non exuſtione puniuntur: Harppreсht. *in §. 7. num. 46. Inſtitut. de public. iud.* reſpondet: capitalem pœnam etiam comprehendere ignis ſupplicium; quod verum eſſe, patet ex *l. 2. ff. de publ. iud.* & ita genus pro ſpecie ſumitur, quod & alibi fieri ſolet. Et porrò, qui probam monetam cudunt, Principe invito, cum ſibi jus Regale uſurpent, impingunt in Legem Majeſtatis. Hi verò, qui minoris valoris monetam efformant, non aliquod Principis jus, ſed tantùm lucrum affectare videntur. Dn. Bachov. *d. diſput. 32. theſ. 8. lit. e. fol. 1293.* vide etiam Conſil. Altorff. *76.* ubi de pœna falſæ monetæ.

23. *De pœna illorum, qui Principis Imperatore inferioris, monetam corruperint.*

QVomodo verò *puniendi ſint illi, qui Principis Imperatore inferioris, monetam corruperint?* non omninò facile eſt reſpondere. Clarus *in §. falſum. num. 37.* ac Decian. *tract. criminal. lib. 7. cap. 23. num. 19.* capitis pœnam aliam, quàm ignis infligendam eis eſſe, cenſet. At ordinariam eorum, qui Imperatoris monetam adulterârunt, pœnam, & hos ſuſtinere debere, jure noſtro veriùs eſt Dn. Henr. Bocer. *tract. de iur. monet. c. 5. num. 3. per artic. 111.* Ord. Carol. Etſi enim nummorum percutiendorum poteſtas, jus ſit ſolius Majeſtatis, & propterea is, qui inferioris Principis monetam corrupit, crimen Majeſtatis incurrere non videatur: Sciendum tamen eſt, nūmorum, quos Principes illi cuderunt, vim ac poteſtatem ab ipſa Majeſtate pendere; Bodin. *1. de Rep. 10. p. 263.* & tales nūmos reputari pro moneta ipſius Majeſtatis. Ego *lib. 1. polit. cap. 4. num. 52.* Hinc Cæſaris plerunque in orbe circumſcriptum nomen, Aquilamq; bicipitem, ex Lege referunt numiſmata inferiorum Principum, liberarúmque Imperii Civitatum. Ita etiam olim Triumviri monetales, ſuorum majorum imagines nūmis imponebant: Sed cum nota S. C. quo innuitur id fieri Senatus conceſſione. Si er-

Digitized by Google

Si ergo quis Principis inferioris monetam corrumpit, æquè punitur, ac ſi ipſius Imperatoris. Eſt enim talis moneta Imperatoris, ex ejuſque Privilegio cuſa.

De cudentibus falſam monetam, eamque adulterantem, vide etiam Pegueram, *quæſt. 46. 85 & ſeq.*

Quâ autem pœnâ veniat plectendus, qui literas ſub nomine Regis ſcribit, & ejus ſignaturam imitatur. vide Pegueram, *deciſ. 80.* Et indicia falſitatis contra Notarium congeſſit Joſephus Ludovicus, *deciſ. Lucenſ. 13.* qui idem *deciſ. 15.* in genere de falſitate multa habet.

24. *An Princeps etiam ſummus, monetam debitâ bonitate intrinſecâ carentem, ſalvâ conſcientiâ cudere poſſit?*

PRinceps etiam ſummus, monetam debitâ bonitate intrinſecâ carentem, ſalvâ conſcientiâ vix cudere poteſt. Et iniquum maximè eſt, ſi in numo, imaginem ſuam ſolùm præcipiat adorari, non ſimul materiæ pretium reſpici. Poſt alios à me allegatos Ego *tr. de Ærario, cap. 6. n. 1.* Nec enim ſine ſcandalo deterior redditur moneta. *c. quantò. 18. extr. de iureiur.* Pièque ſuadet filio ſuo, potentiſſimus Magnæ Britanniæ Monarcha, *lib. 2. Inſt. Reg.* Ut ex puro auro argentoq; monetam fieri curet, nec pondere populo illudat, ſed ſatisfaciat bonitate. Viliorisq; metalli mixtione, quæſtum fieri inhoneſtum. Sanè moneta juris gentium eſt: & ea ideò cudi debet, ut etiam extra territorium expendi queat. Hincque, quod *Geneſ. cap. 23.* habetur: Abrahamum pro agro, quem emebat, adpendiſſe quadringentos ſiclos, probatæ & publicæ monetæ: id ita vertit paraphraſtes Chaldæus: Argenti, quod per Mercatores in unaquaque Provincia accipiebatur. Sachſen-Recht vocat Monetam, **Geng und Geb / da man kan Wein und Brodt darum kauffen.** Licet porrò Princeps, uno hoc caſu lucrum quærere poſſit ex moneta, quando ſubſidio pro Reipublicæ defenſione eget: exempla habentur apud me, *in tr. de mutuo, cap. 9. n. 3.* attamen moneta ejuſmodi temporalis, non ad ſolutionem porrigenda eſt, quæ fit vi contractuum priorum. Debet enim moneta habere perpetuam, & non mutabilem æſtimationem: ne ſi in horas mutetur, ipſis poſſeſſoribus noceat numorum uſus, *l. 1. in pr. ubi* Gothofr. *de contrah. empt.* Indeque talisquæ non ſit,

Digitized by Google

pro moneta legitima haberi haud debet. Addere lubet, quæ habet Aventinus, *lib 8.* Dieſer Zeit ringert die Münz Keyſer Friderich/ Ertzbiſchoff Sigmund von Saltzburg/ gebohren von Volckensdorff/ und Biſchoff Leonhard von Paſſaw ein Laiminger/ huben an zuſchlagen die weiß Münz; alſo vergieng überall die ſchwartz Münz. Wolten andere Fürſten herumb an ihrer Münz nicht verlieren/ mußten ſie auch alle ſolche Münz nachſchlagen/ darumb ließ Hertzog Ludwig von Landshut/ auch ein geringe Münz ſchlagen/ hieß man die Schinderling/ die man etwan noch findt; das kam dem Armen zu groſſem Nachtheil/ wiewohl alle Ding genug und wohlfeil war/ wolt doch niemand ſein Getraid/ Wein/ Brodt/ und ander Ding dergleichen/ umb ſolche Münz geben/ die alte Münz ward auffkaufft/ von den Reichen hinterſich gelegt und behalten/ ſo hat der arme gemeine Mann kein ander Münz dann die Schinderling/ die jederman gern außgab/ niemand behalten wolt/ mußt ſie wol nemmen. Da fuhren etliche Burger/ nemblich die von München/ zu/ gebotten/ daß man ſechs Schinderling/ für ein alten Pfenning nemmen ſolte/ da verlohr der arme Mann aber ein groſſes daran. Er verlohr allweg an ſechs Pfenning fünff Pfenning/ ſo ihm für voll waren worden. Doch zum letzten wolten die Böhmen (ſo am Sold bey Hertzog Ludwigen zu Landshut lagen) ſolche Schinderling an ihrem Sold nicht mehr nemmen: Lieſſen Hertzog Ludwigen zu ſehen/ machten ein Fewer/ warffen alle Schinderling darein/ alſo thät Hertzog Ludwig die Schinderling wider ab/ und ließ die alte ſchwartze Münz bleiben.

De fraude, ſi minuatur, moneta. vid. Sander. *de Schiſmate Anglicano. fol. 234.* Argentum tuum in ſcorias *Eſai. 1. v. 22.* Ergò, iſt das böß Gelt ein Fluch. De moneta multa habet Joh. Mariana. *in Regis Inſt.* Eadem fabula de qua *d. l.* Aventinus, viſa fuit, in Germaniæ (totius propè) theatro agi; quæ eam ferè peſſundedit.

TIT. XI.
AD L. JUL. REPETUNDARUM.

25. *Quis cenſeatur in legem Iuliam repetundarum peccaſſe?*

IN Legem repetundarum peccat, ſi quis Magiſtratus aut Judex, horumvé Miniſter; *l. 1. C. h. Novell. 161.* quò magis aut minus quid ex officio ſuo faceret, commodum aliquod percipit: etiam à volen-

à volente. *l. 3. 4. & ult. Cod. h. l. 1. 3. 4. 6. & ſeqq. ff. h.* Farin. *q. crimin. 111. art. 9.* Nec enim, qui exigere quid nequit, accipere poteſt à ſponte ſolvente. *c. exigit. de cenſib. in 6.* Nec Judex excuſatur, ſi datum accipiat, nihil ipſe promittendo; Boſſ. *tit de official. corrupt. num. 2.* (nam tacitè, ac apud non volentes quoque, munera conciliant favorem) aut ſi facere promiſiſſet, deinde omiſiſſet, Menoch. *caſ. 342. n 31.* Itidem hujus L. pœnæ locus eſt, ſi pecuniam ſumat, ut ferat ſententiam juſtam. Menoch. *d. loc. n. 19.* Nec etenim juſtitiæ opera venalia ſunt, nec illa recipit æſtimationem. Ac ferè eſt, ut dicamus, non licere recipere aliquid poſt ſententiam latam: licet communiter id affirmetur. Menoch. *d. caſu. n. 38. & 5 præſumpt. 8. in fin.* Decian. *tr. crimin. lib. 8. cap. 40. num 9.* Nam poſſet aliquis, intuitu futuri ſperati commodi, ſententiam pro divite ferre injuſtè, à quo præſumptivè commodum exſpectat: contra pauperem, qui nihil quod det, habet.

TIT. XII.
AD L. JUL. DE ANNONA.
26. De Taxa Victualium.

LIcitum Magiſtratui eſſe victualium vendendorum certum conſtituere pretium, dubitationem non habet. *l. 1. §. 11. d. offic. præf. urb. l. 1. C. de Epiſcop. aud.* Gomeſ. *var. reſol. lib. 2. reſol. 2. t. d. empt. num. 51.* Decian. *tr. crimin. lib. 7. cap. 22. num. 8.* Quin & cogi quis poteſt, ut merces annonarias vendat. Capell. *Tholoſ. deciſ. 446.* Gutierrez. *quæſt. civil. lib. 1. quæſt. 13. num. 2.* Covarruv. *3. variar. cap. 14. num 3.* Adeò, ut pretium victualium, etiam vilius, quam par eſſet, ſtatui interdum queat. Bart. *in d. l. 1. §. 11. de offic. præfect. urb.* Alex. *conſ 190.*

TIT. XIII.
AD L. JUL. PECULATUS, &c.
27. Lex Iulia peculatus non ſolùm de pecunia urbis Romæ, ſed & aliarum civitatum eſt accipienda.

LEx Julia peculatus, non ſolùm de pecunia urbis Romæ; ſed & aliarum civitatum eſt accipienda. *l. 4. §. fin. ff. h. t.* Non obſtat *l. ob pecuniam. 81. ff. de furt.* Namque hic, ut & in aliis cauſis, jus à conſtitutionibꝰ eſt ſeparandum. v. Duar. *2. diſp. c. 26.* Bronch.

cent. 4. ἐναντ. aſſert. 86. Lyclamam. *3. membr. eclog. 5. & ſeq.* Arum. *diſp. 25. th. 14.* Dn. Bachov. *ſæpè d. diſp. 32. theſ. ult. lit. e. fol. 1298.*

TIT. XIV.

DE L. JUL. AMBITUS.

28. *De Simonia.*

CRimen Ambitus, non ſolùm circa officia civilia; ſed & circa Eccleſiaſtica: imò circa hæc vel maximè committi ſolet, quantò magis turpis ibi nundinatio eſſe videtur. *l. un. §. 1. ibi: aut Sacerdotium h. t.* Et item ambitio illa, ardenſque deſiderium, injuſtè ſpiritualia conſequendi, à Simone Mago, *Actor. cap. 8.* (qui Romæ ſtatuam habuit, ſub inſcriptione DEI Magni. Tertull. *Apolog. cap. 13.*) *Simonia* obtinuit nomen. Ac committitur hocce crimen, quando beneficia vel præbendæ; pretio, *can. ſi quis. can. ergò. 1. quaſt. 6.* precibus, *can. ordinationes. 1. quaſt. 1.* pactionibus, *cap. fin. extr. de pact. c. quam pio. 1. quaſt. 2.* affectionevè & gratiâ aliquâ, conferuntur. *can. Moſes. 8. quaſt. 1.* quando item reſignatio fit in certæ perſonæ favorem. *cap. ex parte.* ubi Panorm. *n. 4. extr. de offic. deleg.* Coraſ. *d. dignit. cap. 8. num. 12.* Cothm. *conſil. 95. numer. 10. vol. 1.*

Elegans Exemplum, quod Imperator noluit eſſe ſimoniacus, habet Lehemann in der Speyr. Chronic. *5. c. 22.*

De Simonia hiſtoriam notatu dignam, vide in Catal. Epiſc. Ayſtettenſ. *fol. 445.*

De Simonia verò ſpirituali, vide Tauler. *fol. 385. & ſeq.*

TIT. XVI.

AD SC. TURPILLIANUM. &c.

29. *Mulier in SC. Turpillianum non incidit.*

MUlier, ſi in judicio ſuam, ſuorumvè injuriam perſequens, deſtiterit ab accuſatione, non incidit in Senatuſconſultum Turpillianum: *l. 1. §. 10 l. 4. in pr. hoc tit.* Quoniam is demùm incidit in illud, qui calumniæ nomine conveniri poteſt: *l. in Senatuſconſultum. 15. §. eos. 2. h. t.* atqui mulier ſine metu calumniæ accuſat. *l. 2. Cod. de calum.* Pacius, *cent. 7. ἐναντ. quaſt. 69.*

TIT. XVIII.

DE QUÆSTIONIBUS.

30. *An torquendi poteſtas meri aut mixti ſit Imperii, an verò ſimplicis juriſdictionis?*

Con-

COntroverti in materia Quæſtionum ſolet: *An torquendi poteſtas meri, aut mixti ſit Imperii; an verò ſimplicis iuriſdictionis?* Franc. Brun. *in tract. de indic. & tortur. part. 2. quaſt. 7. num. 3.* Jacob. de Belvis, *in pract. crim. lib. 3. cap. 14. numer. 5.* torturam mero adſcribunt Imperio. Verùm Bartolus, & alii (quos refert Bocer. *tract. de quaſt. & tortur. cap. 1. num. 13.*) *in l. 3. ff. de iuriſdict.* diſtinguunt inter cauſam civilem & criminalem: in hâc quæſtionem mero Imperio, in illa ſimplici tribuunt juriſdictioni. Prius diſtinctionis hujus membrum, cum Dn. Bocero admitto: vide Gail. *2. d. P. P. cap. 2. numer. 16.* Bidembach. *quaſt. nobil. 7. fol. 46.* Poſteriùs rejicio. Teſtimonio enim viliſſimæ perſonæ, qualis eſt arenarius, mimus, ſervus, ſine tormentis non creditur, etiam in cauſa civili: ideò, quod contumaciter reticere ejuſmodi perſona intelligitur veritatem. *l. ob carmen. 21. §. ſi ea. 2. ff. de teſtib. Nov. 90. cap. 1. §. ſi verò ignoti.* Iſthæc pertinacia, ut coërceatur, tormenta adhibentur. Modica autem coërcitio, eſt Imperii mixti. *l. 1. in fin. & l. ult. ff. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* Indeque hoc in caſu quæſtio non ſimplicis juriſdictionis, ſed mixti Imperii erit.

31. *Si judex nullis præcedentibus indiciis reum torturæ ſubjiciat, iſque vi tormentorum crimen fateatur, ac poſt torturam ſuperveniant demum indicia, reus nequit condemnari.*

SI judex nullis præcedentibus indiciis, reum ad torturam abripiat, iſque vi tormentorum fateatur crimen, ac poſt torturam ſuperveniant demùm indicia idonea: quæritur, an reus poſſit condemnari? Nego cum Dn. Præceptore Bocero. *d. tort. cap. 3. num. 10.* argum. *l. quod initio. 29. l. quæ ab initio. 100. d. R. I.* Etenim neceſſarium quæſtionis antecedens, ſunt indicia veriſimilia, probabilia. *l. 8. §. 1. C. de quaſtionib.* quod ubi non adeſt, conſequens quoque nullum erit. Manifeſtè item à noſtris ſtat partibus Ordinatio Carolina, quæ *Art. 20.* ita jubet: Wa nicht zuvor redliche anzeigen der Miſſethat / darnach man fragen wolt / vorhanden / und beweiſt wurden: ſol niemands gefragt werden: Und ob auch gleichwol auß der Marter die Miſſethat bekandt wurde / ſo ſol doch das nicht geglaubt / noch niemand darauff verurtheilt werden. Et licet indiciis poſtea repertis, Reus adhuc perſeveret in ſua confeſſione, damnari tamen haud debet: cum nempe perſeverantia illa, ob me-

ob metum tormentorum fieri reputetur. Felin. *ad cap. noſtram. ſub num. 1 extr. de probat. & ad c. qualiter. §. licet. num. 13. extr. de appellat.* Non enim convaleſcit id, quod nulliter eſt actum.

Leviter autem tortus repeti poteſt. Menoch. *2. arbitr. quaſt. 272. num. 6.* Dn. Metzger, *conſil. 1. num. 25. & c. fol. 29.*

De repetitione torturæ, & an perſeverans in negativa in tormentis, ſit abſolutè abſolvendus. vide Magon. *decıſ. 89.*

Poteſt autem relaxatus, ideò, quòd vicit in tortura, ſupervenientibus novis indiciis & probationibus iterum capi, torqueri, ac etiam puniri. Peguera. *quaſt. 70.*

32. *Unum teſtem, indicium ad torturam jure Juſtinianeo minimè facere.*

UNum teſtem, licet omni exceptione majorem, deque veritate delicti conſtanter deponentem, indicium ad torturam, jure Juſtinianeo, minimè facere aſſero *l. 20. ff. de quaſt. l. 9. C. de teſtibus. cap. 23. extr. eod.* Donell. *libr. 24. comment. cap. 19.* ubi Dn. Hilliger. *lit. 1.* Unus enim teſtis audiri non debet. *l. 9. C. de teſtib.* Excipiunt Doctores unicum caſum, Zanger. *in tract. de tortur. cap. 2. num. 11.* quod & approbat Conſtitutio Carolina, *art. 30.* ubi ſcilicet teſtis omni exceptione major, non de indiciis criminis (nam manet hîc jus vetus incorrectum. *d. art. 30. in fin.*) ſed de ipſomet crimine deponat. Sic & alias ſæpè, quòd ex pravo quoque juris juſtinianei intellectu, Doctorum opiniones tranſierunt in decreta, vel mores, & inſtituta Regionum: non abs re conqueritur Cujac. *lib. 22. obſ. 16.*

Ex pacto & tranſactione de crimine, oriri indicium ad torturam, vult Vulpell. *de pace. quaſt. 27.*

An liceat dolo confeſſionem extorquere, & elicere. Binsfeld. *d. malef. fol. 297.*

Fama autem, cùm ſit admodum incerta: Tertull. *Apolog. c. 7.* indicium ad torturam ſufficiens non eſſe, apparet.

33. *Animi trepidationem, vultus mutationem & titubationem, pro ſuſpicionibus criminis ad quaſtionem ſufficientibus, non agnoſcunt.*

ANnimi trepidationem, vultus mutationem, & titubationem, pro ſuſpicionibus criminis ad quæſtionem ſufficientibus non agno-

agnoſco. Carer. *pract. crim.* §. *ſexum indic.* Jul. Clar. *5. ſentent.* §. *fin. quaſt. 21. n. 39.* Dn. Bocer. *de quaſtionibus. cap. 3 n. 37.* Farinac, *quaſt. 52. num. 39 &c.* Siquidem tremor illius, cui tortura impendet, non tam malæ conſcientiæ argumentum eſt; quàm effectus quidam præſentis metus tormentorum. Contra contingit ſæpè, ut & manifeſtè ſceleratus homo, nihil conſpectu judicis moveatur; ſed flagitia ſua, quibus plurimis eſt pollutus, vel extenuare, vel excuſare multis omninò conetur verbis.

34. *Neque mala phyſiognomia, neq; ariolorum dicta &c. ad torturam ſufficiunt.*

NEque etiam mala Phyſiognomia, Fr. Caſon. *tract. d. indic. 1. cap. 6. n. 1.* Bodin. *de Dæmonom. lib. 4. cap. 5.* Petr. Binsfeld. *de malef. fol. 377.* neque ariolorum dicta, Caſon. *tr. de indic. 10. cap. 11.* neque pedis cum veſtigio convenientia, Dn. Bocer. *de quaſtionib. c. 3. n. 77.* neque natio vel patria improba, vel mala progenies; Dn. Bocer. *c. 3. num. 31. & 82.* ſufficiunt ad hominem quæſtionandum; ut loquuntur Dd. Sed plura invalida conjungi quandoque poſſunt. Peguera. *quaſt. 17.*

Nec tamen pro delicto non capitali tortura adhiberi poteſt, putà, pro delicto parvi valoris. Peguera. *quaſt. 16.*

35. *Rei crimin. de ſociis interrogari non poſſunt.*

REgulariter rei criminum, de ſociis interrogari non poſſunt. *l. repeti. 16.* §. *1. h. t. l. ult. C. d. accuſat.* Exceptis quibuſdam caſibus, quos refert Dn. Bocer. *d. tract. cap. 3. n. 41.* adde Pegueram, *quaſt. 5. & 37.* Hinc in quæſtionem venit, *An confeſſio rei de complicibus criminis ſufficiat, ut ex ea ſocii illi tormentis ſubjici poſſint, nec ne?* Quod nego. Nulli enim de ſe confeſſo adverſus alium ejuſdem criminis participem credendum eſt. *cap. veniens. extr. de teſtibus.* Nec etiam unius hominis, licet omni exceptione majoris teſtimonium, ad quæſtionem habendam ſufficere, jam modò ſuprà dictum fuit. Et teſtatur ipſa experientia, ſæpiſſimè ſceleratos hoſce homines, omnis juris, pietatis, & humanitatis oblitos, innocentiſſimos quoſque criminis ſocios (quod maximè ſagæ facere ſolent, ſed v. Binsfeld. *fol. 220. &c.*) ſibi fingere. Dn. Bocer. *d. c. 3. n. 45.* Res fragilis eſt, & periculoſa tortura. Cavendum ergò erit, ne quis ad eam exercendam levibus, nulliuſque momenti in-

Digitized by Google

diciis moveatur. Aliquando quidem rei poſt damnationem ideò ſervantur, ut ex his in alios quæſtio habeatur. *l. qui ultimo. 29. in fin. ff. h.* Sed hoc fit, ad eò commodius inſtituendam inquiſitionem, non ut ille, de quo confitentur, ſtatim torqueatur, vel etiam capiatur. Et *Cod. Fabr. tr. de Tortur.* habet, quod interdum ut cadaver torqueatur condemnatus de complicibus.

An dictum mandatarii contra mandantem valeat? tradit Binsfeld. *ff de Sagis f. 246.* De ſodomitati confeſſione, vid. Pegueram (num ſcil. faciat indicium ad Torturam, contra aſſertum ſodomitam) *decis. 76.*

36. *An veriſimile homicidii argumentum exiſtat, ſi præſente eo qui de homicidio ſuſpectus eſt, cadaver hominis interfecti ſanguinem profundat.*

MAximi momenti quæſtio eſt; *An veriſimile homicidii argumentum exiſtat, ſi præſente eo, qui de homicidio ſuſpectus eſt, cadaver hominis interfecti ſanguinem profundat?* Nam & ſæpiſſimè emiſiſſe cruorem in præſentia homicidæ occiſum, exempla plurima teſtantur, quæ ex aliis refert Dn. Bocer. *d. c. 3. n. 21.* Et rationem hujus rei ἀντιπάθειαν quandam eſſe ajunt. Levin. Lemnius, *d. occult. natur. mirac. lib. 2. c. 7.* Eracaſtorius *lib. ſing. de ſimpathia.* Andr. Libav. *lib. ſingul. de cruent. cadav.* Verùm cum jura noſtra in hoc periculoſiſſimo quæſtionis actu, veriſimilia indicia requirant, quæ ſcilicet rem arguant naturaliter, vel ut cauſa effectum ſuum, vel ut effectus cauſam, vel ut adjunctum proprium ſuum ſubjectum, &c. conſtat ſanè indicium hoc ad torturam non ſufficere. Quod enim experientiam adducunt adverſæ ſententiæ propugnatores, opponimus nos illis eandem. Sæpiſſimè enim & præſentibus amicis ſanguis ex cadavere fluxit, præſente homicida, ne gutta quidem viſa fuit. Dn. Boecr. *d. loc.* Quod verò de antipathiâ proferri ſolet, ejus nullam certam reddi poſſe cauſam, ipſi Phyſici fatentur plerique. Indicia autem quæ hîc requirunt Jureconſulti, arguant factum neceſſe eſt, naturali aliquo, civilique intellectu perceptibili modo. Deniquè hujus profluvii aliæ poſſunt reddi cauſæ naturales, quid ergò ad ἀντιπάθειαν neſcio quam obſcuram confugiamus? Conſent. Hyppol. de Marſil. *in pract. crimin §. diligenter. n. 181.* Ant. Gomez. *variar. reſol. tom. 3. c. 13. n. 15* Menoch. *1. de præſumpt. 89. n. 128. &* Dn. Bocer. *d. loc.* Ummius. *diſp 15. n. 46.* vide

Digitized by Google

vide tamen Brittanniæ Regem *tract. de dæmonolog. f. m. 489.* Et me, *lib. 2. polit. c. 2. n. 28. §. 5.* ac *in Theſaur. practico ver.* Waarrecht.

Sunt exempla pro & contra (ubi ſcil. præſente certo occiſore, ſanguis motus non fuit, vel ebulliit coram eo, qui certò non reus erat) Ergo non eſt indicium certum.

37. *De proba aqua frigida.*

MUltis in locis certiſſimum veneficii indicium reputatur; ſi mulier ſuſpecta, certo modo ligata & conſtricta, in flumen aut ſtagnum demittatur, ut faciem ventremque habeat cœlum verſus ſpectantem, & dorſo aquæ ſuperficiei incumbat, neque tamen mergatur, ſed anſeris more ſupernatet: quod ſi in fundum feratur, inſons judicatur, & dimitti ſolet. Hocque indicium veriſimiliter arguere ſagas, Wilhelm. Adolph. Scribonius Marpurgenſis Medicinæ D. conſultus à Magiſtratu Lemgovienſi Anno 1583. in Epiſtola ad eundem Magiſtratum ſcripta, aliquot argumentis defendit, & adſtipulatur Jacob. Rickius ab Arweiler. *tr. qui inſcribitur, defenſio proba aquæ frig.* Korman. *in templo naturæ. f. 109, ac idem de miraculis vivor. f. 263.* Rod. Goglen junior *in phyſic. f. 202.* At ego furioſum hoc, fallax, & cui nihil omninò deferendum ſit, indicium judico. Aut enim cauſa ſupernatationis eſt Phyſica. Si Phyſica eſt, putà vel latitudo dorſi, vel frequentior, uberiorque reſpiratio, quâ allevatur in aqua corpus hominis: ſequitur, quod hoc non ſit Magiæ indicium, cum ex his cauſis quivis homo natare poſſit, nec magiæ ulla ſit cauſa naturalis, ſed potius ipſe diabolus. Si Metaphyſica eſt cauſa, in Deo eam quæramus neceſſe eſt, aut in diabolo. In Deo ſi poneremus, eundem tentaremus. Prohibet enim Scriptura Sacra, à Deo ſigna poſtulare. *Deut 6. Matth 4. & 16* In Diabolo ſi ponimus hujus rei cauſam, indicium veriſimile eſſe nequit; cum, Deo permittente, etiam pium hominem Diabolus in aqua vehere poſſit, ut illi periculum creet. Quin & porci illi, de quibus in hiſtoria Evangelica, in quos, permittente Chriſto, diabolus irruperat, in mare præcipitati, & ſubmerſi ſunt. Vanum igitur hoc & fallax indicium, à prudentis judicis tribunali longiſſimè relegandum erit omninò. Mart. Delrio, *diſquiſ. Magicar. lib. 4. c. 4.* Dn. Bocer. *d. l.* Damhoud. *prax. rerum crimin. c. 43. n. 2* Joan. Wierus, *lib. 6. de præſtig. dæmon.* Bodin. *lib. 6. d. magor. dæmon. cap. 3. in fin.* Hermann. Neu-

Digitized by Google

wald, *in libello,* Bericht/ von Erforſchung/Prob/und Erkandtnuß der Zauberinnen durchs kalt Waſſer. & noviſſimè Dn. Fridericus Heinius, *in eleg. ſua orat. de prob. per ignem & aquam.* quæ tractatui meo *de pœnis* eſt ſubjuncta.

38. De ſortilegii variis indiciis.

QUod ſi apud mulierem, in arca ipſius repoſita inveniatur vel olla cum adipe, vel globus cereus cum ſerpentis exuviis inſertis, vel ſimiles res (quarum Catalogum ſatis longum habet Hiſpanica Tragicomædia, *Celeſtina inſcripta. f. m. 41. &c.*) eaſque repertas iri aliæ ſagæ in quæſtione faſſæ fuerint: non ſtatim mulier illa tormentis interrogari debet. Poſſe enim harum rerum etiam alium eſſe uſum, Phyſici, & Medici ſciunt. Conſulendi itaque hi ſunt, antequam quæſtioni ſubjiciatur ſuſpecta illa mulier. Dn. Bocer. *d. c. 3. n. 99.*

De indiciis ad torturam in crimine Veneficii & ſortilegii. Binsfeld. *f. 550. &c.* *Quando* autem *repertura res furto ſubtracta faciat indicium ad torturam, contra eum, penes quem reperitur?* decidit Peguera. *quæſt. 73.*

TIT. XIX.
DE POENIS.

39. Num reus ex ſola confeſſione ultro facta condemnari poſſit?

NUm reus ex ſola confeſſione ultrò facta, condemnari poſſit, dubitatur? Et cùm leges & conſtitutiones, eum in vincula publica ante conjiciendum eſſe velint, ut defenſiones ſuas, ſi quas habeat, ad evitandam condemnationem proponat, id nego: *l. 1. §. Divus Severus. 17. & §. ſi quis ultrò. 27. de quæſtionibus.* Maſc. *de probat. vol. 1. concluſ. 354. num. 3.* Diſſent. Gandin. *in rubr. de quæſtionibus. & tortur. num. 15.* Non enim eſt audiendus, qui properat ad mortem.

40. De gratia in pœnis remittendis.

LEx quidem punit delicta, ſive ignorantia, ſive ſponte contracta; Lyclama *1. cap. 8.* ſed tamen ignorantia, excuſat, maxumè in delictis, quæ tantùm Statuto puniuntur. Magonius. *deciſ. 49.*

Unde

Unde & pœna minorum delinquentium mitigatur, Joſ. Ludov. *deciſ. 17.* & habet ſingularem tr. Vinc. Caroc. *de minore in delictis excuſando.* Sic & metus excuſat à pœna. Meichſn. *4. deciſ. 22.* Viciſſim puniri quis poteſt pro pluribus delictis, dependentibus, & unico actu commiſſis. Joſ. Ludov. *deciſ. 61.* Iteratò item delinquens gravius eſt puniendus. Pfeil. *conſ. 149.*

Principem ex jure Majeſtatis, quod habet, damnatos contra vim legum, ac judiciorum, ſupplicio eripere poſſe, communis Politicorum concluſio eſt. Ego *lib. 1. polit. cap. 4. n. 11. §. 2. & 3. item lib. 2. polit. cap. 2. num. 10. §. 4.* Quod tamen ita limitant, ſi ſcelus illud non etiam divinâ lege fuerit capitale. Bodin. *1. de republ. cap. ult.* Ego *d. l.* Si igitur, quid in leges civiles peccatum ſit, quarum ſcilicet Princeps Dominus eſt, ut ſi arma geſtare, vel commeatum hoſtibus dare, capitale ſit: dignus ſanè commiſeratione eſt, qui adverſarii metu armatus incedit, aut qui hoſtibus frumenta, cum ære alieno premeretur, vendidit. Ac ſi pœna furti lege poſitiva capitalis ſit, licet bono Principi eam remittere, & aliam pecuniariam imponere. Bodin. *d. l.* Principi (inquam) hoc licet. Alia enim eſt magiſtratuum conditio. Hi quippe judicata mutare nequeunt. *l. iudex poſteaquàm. 55. de re iud.* Facti quidem quæſtio in arbitrio eſt judicantis, pœnæ autem perſecutio legis authoritati reſervatur. *l. 1. C. ad Senatuſconſult. Turpill. adde l. 8. §. 2. C. ad L. Iul de vi publ.* Quòd ſi verò crimina etiam in ipſum Deum ſpectent; ut ſunt blaſphemiæ, vel ubi Deus ſceleratos ab ipſis altaribus abſtrahi ac mactari jubet; ibi nec Principi, nec ulli homini veniam largiri licere ſtatuo: his enim ſuppliciis Deus ſe propitium mortalibus fore pollicetur. Bodin. *d. l.* At annè merum Imperium habens, gratiam facere poteſt? Quod negat Dn. Metzgerus, *conſil. 13. quæſt. 1.* ubi quoque *qu. 2.* docet, nec Principem ſummum, pœnam parti applicandam remittere poſſe. Sed tamen delicta, per legem municipalem generalem, vel Statutum remitti prohibita, propter bonum publicum remitti queunt. Peguera. *deciſ. 56.* Ac poteſt etiam Princeps, aliuſvè Magiſtratus ſummus augere vel minuere ordinariam pœnam. Pfeil. *conſil. 153.* Ut & qui non habet in ære, luere in corpore debet. Speckhan. *1. quæſt 40.*

Digitized by Google

Tit. XXII.
DE INTERDICTIS ET RELEGATIS.
41. *De deportatione & exilio.*

DEportatus mediam capitis diminutionem patitur; §. *minor. Inſt. de capit. dimin.* & libertatem retinet: *l. deportatus. 15. h. tit.* quod negare videtur Calliſtratus Jureconſultus, *in l. penult. §. ult. ff. de var. & extraord. cognit.* Ego diſtinguo inter libertatem naturalem & civilem, cum Dn. Præcept. D. Bocero. *claſſ. 1. diſp. 6. th 19.*

At qui fines exilii impoſiti frangit, aut ante effluxum terminum revertitur, graviùs, & deportatione, ſeu fuſtigatione punitur: Peguera. *deciſ. 41. & deciſ. 90.* Pfeil. *conſil. 155.*

Et tandem, quod poſſit Magiſtratus aliquem relegare ultra terminos ſuæ juriſdictionis, jam *alibi* dixi. Sic & Præſes provinciæ, in Inſulam aliquem relegans, poteſt in ſententia ſpecialiter Inſulam nominare. Peguera. *deciſ. 59.*

CINNUS
Illuſtrium Quæſtionum, deſumptarum ex libr. XLIX. & L. Pandectarum.

Tit. II.
A QUIBUS APPELLARE NON LICET.
1. *Appellatio ſuprema non ultimum ſibi inter Majeſtatis jura, locum vindicat.*

APpellatio ſuprema non ultimum ſibi inter Majeſtatis jura vendicat locum. Bodin. *1 de Repub. 10.* Ego *Coll. Pol Claſſ. 1. diſp. 3.* Itaque ſtultum eſt (ait Ulp. *l. 1. § h. t.*) illud admonere, à Principe appellare fas non eſſe. Hoc autem non tantùm in Principe Romano verum eſſe puto, ſed & in omni alio Rege, Principe, republica deniq; ſuperioris non agnoſcente Imperium: Marant. *de appellat. num. 248. & ſeq.* Ego *de appellat. c. 2. §. 2.* cùm hi æquè habeant Majeſtatem ac Romanus Imperator. vide Bodin. *1. de Rep. 10.* Ego *in poſt.*

2. *Princeps ſuperiorem non recognoſcens Appellationem tollere poteſt: Statutum non poteſt.*

Prin-

Digitized by Google

PRinceps ſuperiorem non recognoſcens, Appellationem tollere poteſt. Ampliſſ. Rutger. Ruland. *p. 3. lib. 8. c. 13. n. 23. tr. de Commiſſ.* Ac interdum Imperator ita ſolet judicem dare, ne liceat ab eo provocare; itaque ſæpiſſimè à D. Marco judices datos eſſe, teſtatur Ulpian. *l. 1. §. fin. h. tit.* Et ſanè litium minuendarum causâ, ſalubriter hoc fieri poſſe, concludo; ut jam monui *d. cap. 2. n. 18.* Conſentit Ordin. Cam. Imper. *part 2. tit. 28 §* **und dieweil.** Credit enim Princeps, eos, qui ob ſingularem induſtriam, exploratâ eorum fide & gravitate cum tantâ poteſtate judices conſtituuntur, non aliter judicaturos eſſe, pro ſapientia ac luce dignitatis ſuæ, quàm ipſe foret judicaturus. *l. un. ff. de offic. Præfect. Præt.* Hocque fundamento nituntur multiplicia Privilegia Statibus de non, vel ſolùm ſupra certam ſummam appellando. *in Tom 6 Symphorem.* relata.

Statuto tamen Appellatio tolli nequit, niſi conſentiat Princeps. *l. 1. § 4. à quib. appellar. nequit.* Dn. Johan. Melchior. Cletzelius ab Alttnach. *in elegant. ſuo tract. d. Appellat. c. 1.* Ego *comm. ad l. 6. d Juſt. & Jur. §. 8.* Sicque civitas facere nequit Statutum de non appellando. Meichſn. *t. 3. & 28.* Ea namque, quæ Principi ſunt reſervata, non ſunt de poteſtate Populi ſtatuentis, & ideò ab eo attingi haut debent. Utile tamen & neceſſarium eſt, appellandi temeritatem reſtringi. Cletz. *d. l.* Et poteſt etiam appellationi renuntiari. Pfeil. *conſil. 178.*

3. *De appellatione ab arbitris.*

IN arbitris quid juris, explicare non omninò facilè eſt. Et quidem ab arbitris juris provocationem admitti, ut à reliquis judicibus, dubio omni caret. *l. 9. ff qui ſatiſd. cog.* Ego *d tr. c. 3. n. 2.* A ſententia verò arbitri compromiſſarii appellari nequit. *l. 1. C. recept. arbitr. l. non diſtinguemus 32. §. cùm quidam. 14. ff. eod. can. ſi quis Epiſcopus. verſ. arbitrarii. 2. qu 6. v.* Arum. *diſp. ad LL. ult. th. 8.* Cletzel. *cap. 4. num. 45* &c. Quòd ſi tamen laudum (ut loquuntur) enormiſſimam contineat læſionem, de jure doli exceptio; *d. l. non diſtinguemus. §. 14. de recept. arb. l 3. C. eod.* ut & ſecundum Dd. & praxin, appellatio admittitur. Zaſ. *Conſil. 17. n. 38.* Gail. *obſ. 150. n. 9.* Arbitrium arbitratoris ejuſmodi eſt, ut ad arbitrium boni viri reduci debeat, ſi manifeſtam habeat iniquitatẽ *l. ſocietatem. 76. in pr. junct. duab. leg ſeqq. ff. pro ſocio. l. ſiquidem, ſi liber-*

Digitized by Google

ſi libertus. de oper. lib. Et illum, ad cujus arbitrium reducitur laudum, ſeu ſententia arbitratoris, eſſe dicimus (variè licet diſſentiant Dd.) judicem, qui alias competens fuiſſet, & ordinarius cauſæ judex. Ego *cap. 3. §. 4.* Marant. *de appell. n. 26.* Gail. *1. obſerv. 149.* Mynſ. *2. obſ. 61.* Fach. *8. controv 94.* Et petitio hæc reductionis 30. per annos durat. Ego *d. l.* Gail. *1. obſ. 150. n. 1. &c.* Diſſent. Fachin. *8. controv. 95.* Ac quoque provocari conceſſum puto à ſententia in puncto reductionis latâ, ſeu ab eo judice prolata, qui reducit laudum ad arbitrium boni viri. Magon. *deciſ. 37.* Gail. *1. obſ. 149. num. 4.* Fachin. *2. controv. 96.* Reductio verò, quando ſuſpendat laudum, docet Maſtrill. *1. deciſ. 99.*

Tit. III.
QUIS à QUO APPELLETUR.

4. *An ab Imperatore ad Pontificem Rom. appelletur.*

AB Imperatore ad Pontificem Romanum non appellatur. A minore enim major provocatur. Pontifex non eſt major Imperatore quoad temporalia, Ergò. Vide, *quæ nos ſuprà diximus,* Nec conſtitutus eſt Pontifex, etiam ex ſenſu Catholicorum, ut judex in temporalibus exiſtat. Chriſtus roganti cuidam de turbâ, Domine, dic fratri meo, ut dividat mecum hereditatem, reſpondit: Homo, quis me diviſorē conſtituit? In Camerà Imperiali pœna centum marcarum puti auri ſtatuitur in eum, qui ad Papam appellat. Cammer-Gerichts-Ordnung. *part. 3. tit. 51.* At à Papa ad concilium provocari poſſe, judicavit Synodus Baſilienſis, & antè, Conſtantienſis, ac hoc ſcripſerunt eruditi aliqui ex Catholicis ipſis, quos refert. Andr, Oſiand. *Papâ non Papâ. loc. 12.* Sed hâc de re non eſt meum diſputare.

A ſententiâ in poſſeſſorio latâ, non provocatur; ne quidem ad effectum devolutivum. *Ego tract. de Appellat. cap. 7. §. 9.* vide Rauchbar. *2 quæſt. 6.*

5. *Quando in criminalibus ad Cameram appelletur.*

IN criminalibus quibuſdam cauſis Appellatio ad Cameram fieri poteſt: Da nemblich (ut nos loquimur) die Sach kein Leib-ſtraff auff ihr tragen thut. Cletzel. *d. tract. cap. 3. num. 11.* Et de nota-

notatione vocabuli (Leibſtraff) videri poteſt Petr. Denaiſ. *in aſſert. Juriſd. Camer. Imp. fol. 107. &c.* vid. Rauchb. *2. quaſt. 8.* Meichſn. *tom. 3. deciſ. 20.*

TIT. V.
QUANDO APPELLANDUM SIT.
6. *De Fatalibus Appellationis.*

TRiplicia ſunt fatalia appellationis: interponendæ, introducendæ, proſequendæ. Tempus interponendæ appellationis hodie decendium eſt. Nov. *23. c. 2.* Introducendæ interdum duo menſes, nonnunquam tres, aut ſex. *l. 1. l. 2. C. de temp. appell.* & ibi Cujac. *in paratit.* In Camera Imperiali regulariter eſt menſium ſex. Cammergerichts Ord. *part. 2. tit. 30.* §. wurde aber. Sæpè tamen ipſe judex, à quo appellatum eſt, appellanti tempus introducendi provocationem præſtituere ſolet. Fatále proſequendæ appellationis annus eſt, ex cauſa etiam biennium. *auth. ei qui. C de temp. appell. l. fin. C. de appell.* Vide de his omnibus prolixè differentem me, *in ſæpe d. tract. cap. 8. & 9. per tot.* Sed verò fatalia dormiunt pendente compromiſſo. Roſacorb. *cap. 106.*

Sic & propter paúpertatem, ſi appellatio ſit deſerta, citatio & inhibitio decernitur, Roſac. *c. 8. qui. c. 13.* diſquirit: an conſors pauperis conſortis privilegio fruatur.

TIT. IX.
AN PER ALIUM CAUSÆ APPELLAT. &c.
7. *De Appellatione Procuratoris.*

PRocurator ad unam cauſam conſtitutus, victus, à definitiva appellare quidem cogitur: *l. invitus. 17. C. de procur. c. non injuſtè. 14. extr. de procur.* proſequi autem appellationem non tenetur. *l. ſi factor. 10. Cod. hic. d. c. non injuſtè. extr. de procur.* Ego *c. 5. §. 8.* Soarez. *th. recept. opin. lit. P. num. 301.* Appellationis enim cauſa, diverſa eſt à principali, nec quis nolens ad negotium aliquod curandum adigi debet. Diſſentit Buſius. *ad l. ad legatum. 62. ff. de procurat.* At ab interlocutoria provocationem proſequi procurator neceſſe habet: cùm mandatum ad omnia emergentia accepiſſe intelligatur. Gail. *1. obſ. 139. num. 11.*

Digitized by Google

Tit. XIV.
DE JURE FISCI.
8. *De inventione theſauri.*

SI in locis fiſcalibus, vel publicis, religioſiſvé, aut in monumentis theſauri reperti fuerint, dimidia ex his pars fiſco vindicatur. *l. 3. §. fin. h. t.* At de locis religioſis dubium movet § *theſauros. 39. Inſt. de rer. div.* ubi totus inventori adjudicatur theſaurus. Sed quia illud ſub tit. de adquirendo rerum dominio jure gentium, refertur: nos quoque verum illud eſſe concedimus reſpectu juris naturalis: quòd loca religioſa nullius in bonis ſint. Noſter autem hic textus (quia membrum eſt capitis de jure fiſci) de politica & civili exaudiendus eſt æquitate. Æquum enim eſt, ut ærarium augeatur de eo, quod neminem pauperiorem reddit. *Conſent. tit. quæ ſint regalia. lib. 2. Feud.* Atque ita poſt Accurſ. hunc nodum ſolvit Doctiſſimus Buſius *hîc.* Aliter Dn. D. Harpprecht, *ad d. §. theſauros. Inſtit. de rerum diviſ.*

9. *De alienatione in fraudem Fiſci.*

CApitis reus, ſi aliquid non acquirat, quod acquirere poteſt, in fraudem Fiſci feciſſe videtur: & ita id ſimiliter confiſcatur. Pacius. *7. antimon. quæſt. 75.* Non verò fiſco, ut futuro creditori competit jus revocandi alienata in ejus fraudem, per criminoſum, ante crimen commiſſum, Peguera, *deciſ. 49.*

Tit. XV.
DE CAPTIVIS ET POSTLIMIN. REVERSIS.
10. *Fœderatus in fœderatum non habet juriſdictionem.*

EX Lege 7. §. fin. hîc. quidam affirmant, populum Romanum in fœderatos animadverſionem habere, quod ego contra omnia principia civilis diſciplinæ puto. Non enim fœdus ſubjectionem arguit. *hâc l. §. 1.* Et non eſt hujus legis ſententia, quòd populus Rom. juriſdictionis ſuæ manus in territorium alienum extendere queat; ſed quòd delictum ab uno ex fœderato populo Romæ perpetratum, reum quem faciat, & juriſdictioni Romanæ ſubjiciat, & quòd damnatus à fœderato populo, ſi Romam fugiat, ibi puniri poſſit. Budæus *hîc.* Alciat. *1. παρεργ. 14.*

11. De

11. *De ſervis, & in bello captis.*

OMnium ferè gentium moribus, capti in bello, ſervi efficiebantur. *t. hoc tit. paſſim.* quæ ſervitus apud Chriſtianos ante 356. circiter annos tota ferè evanuit. Nam Bart. *in l. hoſtes. h. tit.* ſuo tempore jam nullos omninò extitiſſe ſervos teſtatur. Sed an Servitutem in politias induci rurſus, & revocari, conducat, quæſtio eſt diſputationis patientiſſima. Ego nego cum Bodino, *1. de Republ. 5.* ubi prolixus & elegantiſſimus diſcurſus. Non igitur plura addo.

TIT. XVI.
DE RE MILITARI.

12. *De diſciplina militari, delictisque militaribus.*

IN materiâ belli, hoc primò eſt ſciendum, omnes ſubditos teneri ſequi & adjuvare dominum in bello Peguera, *decif. 17.* Sed non contra ſuperiorem Domini ipſius. Verùm, ut jurisprudentia Juſtinianea magis reſpicit privatum, quàm publicum jus, ita & totus hic titulus in militarium delictorum pœnis recenſendis abſolvitur: ex quarum ſeveritate ſeveram veteris militiæ diſciplinam cognoſcere licet. Miles, qui arma amiſerat, vel alienaverat, capite plectabatur, aut ſi clementer cum eo ageretur, militiam mutare cogebatur *l. 3. §. 13. hoc tit.* Qui mandata Ducis non ſervârat, etſi res benè ceſſiſſet, mortis pœnam ſubibat. *d. l. 3. §. 15.* cui pœnæ ne filium quidem ſubtraxit T. Manlius: *I, lictor*, dixit, *deliga ad palum. Tu fili, quia diſciplinam militarem, quâ in hanc uſque diem ſtetit res Romana, ſolviſti, peccatum lues*, &c. Liv. *lib. 8.* Mulieres olim à caſtris longiſſimè removebantur. Lipſ. *de milit. Rom. fol. 344.* Thom. Dempſter. *antiq. Rom. lib. 10. c. 12.* Decuit ſanè jam dudum militiam noſtram, ad exempla veterum formâſſe! At libido pro lege eſt, pro ordine, pro diſciplina; plura ferè in caſtris (quæ à caſtitate denominari ait Iſidor. Hiſpalenſ. *l. 9. Etymolog. c. 3.* ſunt ſcorta, quàm milites. Rapiunt, cædunt cives, ruſticos ſpoliant, ſtupra & adulteria in egregiis facinoribus habent, & quo plures quis Chriſti cruces, Sacramenta, vulnera, quò plures Diabolorum myriades impio ore evomere poteſt, eò fortior miles putatur: ut meritiſſimè conqueritur Cl. Dn. D. Thom.

Digitized by Google

Lanſius, *in orat. de Laudib. hiſtor.* Niſi huic malo obviam eatur, nunquàm (& quis non videat?) felicia, ac proſpera erunt bella noſtra.

Moribus antiquis res ſtat Romana Viriſque.

Vide me *claſſ. polit. 2. diſp. 7. theſ. 30. & ſeqq.* De transfuga etiam, & militum ſtipendiis, vid. Magon. *deciſ. 24.*

LIBER L.

TIT. I.

AD MUNICIPALEM, &c.

1. *De juriſdictione municipalium civitatum.*

EA, quæ magis Imperii ſunt, quàm juriſdictionis, magiſtratus municipalis facere non poteſt. *l. ea, quæ 32. h. t.* Quòd cum Bod. *1. de Rep. 6.* & Scip. Gentil. *2. de iuriſd. 2.* non ita exaudiendũ eſt, quaſi nullum prorſus habuerint Imperium magiſtratus municipales, nec veri magiſtratus fuerint. Imò habent Imperium pro modo juriſdictionis ſuæ quò effectui dare poſſint, quæ decreverunt. Etenim ex *l. 29. §. penult. ad L. Aquil.* apparet, eos etiam contra reſiſtentes violentiùs quid facere potuiſſe, ac poteſtas eis tribuitur includendi reos carceri: *l. 52. §. 12. de furt.* Quod etſi de ſervis forſan tantùm & vilioribus municipibus intelligendum ſit, *l. 1. de iuriſd.* apparet tamen ex citatis Legibus, non omni eos caruiſſe Imperio, quod evidentiſſimè probat. *Nov. 15. c. 6. §. 1.* Siquidem majoris & minoris ratio non variet ſpeciẽ. Buſius. *ad l. 1. n. 13. de iuriſd.* Hillig. *ad Donell. l. 17. com. c. 7. lit. R.*

TIT. II.

DE DECURIONIBUS.

2. *Quatenus Pater pro filio Decurione teneatur.*

SI cùm filius Decurio crearetur, pater conſenſerit, certum eſt, ob munus publicum poſteà geſtum è filio patrem teneri in ſolidum. *l. 2. in pr. tit. præced.* Hinc quæritur, *ſi filio in Curiam allecto, pater appellaverit, & contra eum iudicatum fuerit, an ex munere à filio geſto ex d. l. 2. obligetur?* quòd negat. *l. 5. §. pen. h. t.* obſtare videtur. *l. 2. Cod. de filiiſfam. & quemadmodum pro his pat. &c. lib. 10.*

lib. 10. Sed ibi, cùm ante pater à nominatione filii ad decurionatum non provocâſſet, appellavit ab impoſitione oneris. Meritò itaque obligatur pro filio, quia ante conſenſit in honorem decurionatus. Pac. *Cent. 7. ἐναντ. q. 77.* Aliter rem conſiderat. Buſ. hîc.

TIT. IV.
DE MUNERIBUS.

3. *De appellatione à nominatione ad munera.*

QUi excuſatione à munere utuntur, ſi creati fuerint, ſtatim appellare neceſſe habent. *l. ſi ad ſcribatum. 4. l. ſi quis. 7. l. civet. 11. C. de appell. & ſimil.* Aliud autem ſenſiſſe videtur Ulp. *in l. 1. §. 1. ff. quando appellar. &c.* ubi, ſi quis tutor datus ſit, non debere eum à nominatione provocare, ait, ſed excuſationem allegare, & ſi non audiatur, tunc demum appellare. Sed diſtinctione expeditam rem facimus. In muneribus n. & utilitate & auctoritate publicis, ab ipſa nominatione provocandum eſt; *dd. ll.* in iis autem, quæ utilitate privata ſunt, à rejecta demum excuſatione. Ego *de appell. cap. 7. §. 12.* Hillig. *in Donell. lib. 28. cap. 5. lit. a.*

TIT. XI.
DE NUNDINIS.

4. *De jure nundinarum & an iis liceat Nobilibus negotiari.*

NUndinarum jus ad ſolius Principis beneficium pertinet. Bodin. *1. de Rep. cap. ult.* Quod tamen de nundinis ſolemnibus (ut Francofordenſibus, Lipſienſibus, Argentoratenſibus, Lyncenſibus) intelligendum eſſe, rectè monet Sichard. *ad rubr. C. de nundin. num. 2.* P. Greg. *lib. 25. Syntagm. cap. 3. per tot.* Unicam hîc lubet conſiderare quæſtionem, an in publicis ejuſmodi nundinis liceat etiam nobilibus negotiari? quod nego. *l. nobiliores. 3. C. de commerc. & mercat.* vid. tamen Bodin. *3. de Rep. 8. p. 559. & ſeqq.* Keckerman. *lib. 1. polit. cap. 14.*

TIT. XII.
DE POLLICITATIONIBUS.

5. *Quid pollicitatio, & quæ exinde competat actio.*

POllicitatio eſt ſolius offerentis promiſſum. *l. 3. hoc tit.* Eſtque du-

que duplex, Juris Gentium & civilis. Jurisgentium eſt, quæ legis confirmatione deſtituta, nullam civilem obligationem parit. §. *ex nuda pollicitatione. tit. 12. de iure fiſci. lib. 5. ſentent. Pauli.* Legitima ſive civilis pollicitatio illa dicitur, quæ lege aliqua confirmata, efficacem obligationem parit, & conſequenter etiam actionem. argum. *l. 6. ff. d. pact.* Pfeil. *conſil. 20.* Eſtque vel votum, vel in ſpecie pollicitatio. Votum eſt pollicitatio, quæ fit Deo. *l. 2. §. 1. hoc tit.* In ſpecie pollicitatio eſt, quæ alii fit, quam Deo, ut Noſocomio, Xenodochio, Ptochio, *l. 15. Codic. de SS. Eccleſ.* Reipublicæ item. *l. 1. l. 7. l. 8. &c. hoc tit.* Actio, quæ ex pollicitatione competit, eſt condictio ex lege. *l. unic. ff. de condict. ex lege.* Dn. Bocer. *claſſ. 2. diſputat. 1. theſ. 40. & ſeqq.*

At abſens ex pollicitatione non obligatur. Bronchorſt. *2. miſcell. aſſert. 79.* Hilliger. *ad Donell. com. 12. cap. 5. lit. b.*

COROLLARIA.

I.

Juſtitiam univerſalem, & ſummum bonum, quatenus in hominem non renatum cadere poteſt, pro objecto habet philoſophia practica, ſeu moralis.

2. Ea in varias, & à ſe invicem re ipſa ſejunctas dividitur diſciplinas.

3. Ethica, hominem ut hominem (ſeu quatenus civis mundanus) informat, & ad juſtitiam univerſalem ducit.

4. Oeconomica, ſtatum œconomicum:

5. Politica, civilem ſocietatem inſtruit.

6. Et ut illa in domum, ita hæc in civitatem ſeu Rempublicam; Juſtitiam univerſalem inducit, ac quoque leges fert.

7. Juriſprudentia ſeu ars boni & æqui, ſcientiam legum, Reipublicæ, in qua verſamur, præſupponit: porro autem quomodo eæ interpretandæ, & factis, omnifariis circumſtantiis variatis, accommodandæ; quomodo item contractus, Teſtamenta, aliique conſimiles actus intelligendi ſint, docet. Unde Juriſprudentia, non ſcientia juris: & qui eam profitentur, non juris gnari, ſed Jureconſulti appellantur.

8. Pa-

8. Pateſcit hinc, Juriſprudentiam, particularem juſtitiam pro objecto habere.

9. Eluceſcit quoque exinde, principia Juriſprudentiæ, in Ethicis & Politicis probari; & item priùs quàm Juriſprudentiam, diſcendas eſſe illas diſciplinas.

10. Ut autem jus duplex eſt, publicum & privatum; ſic etiam Juriſprudentia alia publica, alia privata dici poteſt: nec integram Juriſprudentiam callet, qui jus publicum ignorat.

11. Juriſpublici cognitio, omninò à Politica diſciplina differt.

12. Porro, quia in jure Juſtinianeo, non ſolùm compluſcula inveniuntur, redolentia veterem Paganiſmum, vix tùm omni ex parte abolitum. Quia etiam, ſtatim à Salvatoris noſtri in cœlos aſcenſu, & Sanctiſſimi Spiritus miſſione, in Eccleſia ſingulares leges, Canones vocârunt, ſancitæ ſunt: Et etiam adminiſtratio Eccleſiæ, à Reipubl. curâ ab initio ſejuncta fuit. Inde jus Canonicum vulgò appellatum, originem ſumpſit.

13. Ejus finis eſt, docere Eccleſiaſticas leges: & etiam corrigere prophanitatem juris civilis, conſcientiæ inimicam. Unde illud, non hoc, in cauſis conſcientiam concernentibus (quales putantur, matrimonium, ſponſalia, juramenta, uſuræ, præſcriptio &c.) attendendum eſſe ajunt.

14. Poſteriorem hunc juris Canonici finem urgent, & docent inprimis ii, qui de caſibus conſcientiæ tractant (quos Summiſtas vocant) aut qui Theologiam moralem ſcribunt, vel qui de reſtitutione agunt. Qui item ſub titulo de juſtitia & jure, non ſolùm ferè jus univerſum tradunt: ſed & forum fori cum foro poli, ſeu conſcientiæ tribunali, quantum fieri poteſt, conjungunt.

15. Communem Interpretum opinionem, ad incertitudinem vitandam, ex ſe, ſuoque fato, legis vim æmulari: & ſaltem conſuetudinis jure valere, conſtans & vera opinio eſt. *l. 1. §. ſed neque. 6. C. de vet. iure enucl.* Anton. Maria Coratius, *tr. d. com. opin.* Neviſ. in Sylva nuptiali. *lib. 5. & 6.* Zaſ. *2. ſing. reſp. 1.* Vaud. *1. qu. 10.* Blarer. *ad l. diffamari. C. de ingen. &c. c. 6. n. 51.* Alc. *1. præſ. 51. n. 3. &c.* Sanè uni atque alteri Doctori, fidem habere non debemus. Eſt enim diſcordia Dd. quid naturale, &c. v. Tuſch. *lit. D. concl. 561.* Etiamſi textum habere pro ſe jactet: nam & in hoc ſæpé multi fallunt, fallunturque.

PARER-

PARERGA.

I.

JOhannes Bodinus, homo præcipitis ingenii, & nova ac periculoſa amantis, *lib. 4. d. Dæmonom. cap. 1.* licere mentiri aſſerit: ac inde concludit, licere quoque judici, dolo, falſis promiſſis, vel mendaciis, à reo elicere veritatem. Quod admittendum minimè eſſe puto. vid. Dn. Herman. Goëhauſen, *in proceſſu contra Sagas, in notis ad tit. 5.*

II.

Judex, etiamſi in ultimas concluſus anguſtias ſit, in nulla tamen cauſa, neque criminali neque civili, contra veritatem ſibi notam, ſecundum allegata & probata, ſententiam pronunciare poteſt. Licet id, poſt D. Thomam, vulgò Caſiſtæ, ſed perperàm tradant: à quibus ideò meritò recedit Leſſius, *lib. 2. de 4. virtutibus. cardinal. c. 29. dubitat. 10. num. 78.*

III.

Lamiarum ultimo ſupplicio affectarum bona, de jure communi Fiſco non cedunt. Ego *vol. 3. conſil. 95.* Nec contraria opinio ex eo defendi poſſe videtur, quaſi Sagæ Dardanariis comparari queant, ut Gæhuſius *d. tr. tit. 15.* cenſet.

IV.

Difficilius eſt, bonum Medicum, quàm æquum Judicem eſſe.

NIL CHRISTO TRISTE RECEPTO.

FINIS.

INDEX.

Digitized by Google

INDEX
VERBORUM ET RERUM, IN OMNIBUS PRÆMISSIS QUÆSTIONIBUS, UTRIUSQUE PARTIS DELIBATORUM COMPREHENSARUM.

Prior Numerus partem; alter Paginam Delibatorum notat.

A.

Abigei, qui dicantur. 2. 207. *Accuſare nocentē, an Chriſtiano liceat? quando item mulier & filiusfamilias id poſſint.* 2. 210.

Actio. 2. 177. *arborum furtim cæſarum.* 2. 201. *de eo quod certo loco.* 2. 25. *de in rem verſo, & an hac actio locum habeat, ſi in rem patris vel domini ſemel ſit verſum, & deinde deſierit eſſe verſum.* 2. 36. *inſtitoria.* 2. 32. *pignoratitia.* 2. 30. *rerum amotarum, an ſtante matrimonio competat.* 1. 120. *de tigno iuncto: an adverſus bonâ & malâ fide iungentem detur.* 2. 200. *ad palinodiam.* 2. 204. *quod metus cauſa: eſt in perſonam & tamen in rem concepta* 1. 377. *de dolo: eſt ſubſidiaria.* 1. 404. *an actio doli litis conteſtatione perpetuetur.* 1. 410. *quando civilis & criminalis concurrunt, utra prius ſit expedienda.* 1. 479. *in rem, an in loco domicilii, an rei ſita exercenda?* 1. 482. *noxalis & in ſpecie quadrupedaria.* 1. 611. *communi dividundo: an inter correos competat.* 1. 622. *Triga duplicium actionū, ad actiones mixtas pertinet.* 1. 623. *præſcriptis verbis.* 2. 78. *Publiciana datur emtori, qui à furioſo emit* 1. 554.

Actus ſine ſervitute itineris eſſe poteſt. 1. 606.

Adiudicatio: an creditor, cui res adiudicata fuit, eam pro alio debito retinere poſſit? 2. 151.

Adoptio. 1. 127. *non confert nobilitatem.* 1. 128. *variis modis fit.* 1. 131. *an Spado adoptet.* 1. 132. *an liberos habens adoptet.* 1. 133. *an fœmina adoptare & in adoptionem dari poſſit.* 1. 134. *ubi & quando adoptio & emancipatio fieri poſſit.* 1. 136. *Magiſtratus apud ſemetipſum vel emancipare & emancipari, vel in adoptionem dare & dari poteſt.* 1. 133. *adoptio non ſecundùm leges facta, à Principe confirmari poteſt.* 1. 137. *non tribuit ius agnationis* 1. 136.

Adulterium: cur de adulterio tranſigi non poſſit. 1. 252. *adulterii pœna, & num gravius ſit delictum quàm homicidium* 2. 217. *an ſponſa illud committat: item an vindicetur in ea, quæ ſe vulgo proſtituit*

Digitized by Google

tuit: & denique, an oſculum præbeat legitimam adulterii præſumptionem? 2. 219.
Advocatus. 1. 256. ad tempus ab advocando remotus, an admittatur poſt tempus? 1. 265. an in propria cauſa, ſi adverſarius ei in expenſas ſit condemnatus, honorarium, pro opera navata, & tantum, quantum alii Advocato ſolvi debuiſſet, exigere poſſit. 1. 267. cum clientulo de quota litis, vel de certa re, ſuper qua litigabatur, in eventum victoriæ danda, paciſci nequit. 1. 269.
Ædificatio in ſolo alieno. 2. 159.
Ædilitium Edictum. 2. 86.
Æquitas. 1. 66.
Æquivocatio. 2. 3.
Ætatis venia. 1. 88.
Affinitas: quatenus matrimonio obſtet. 2. 112.
Alienatio: in fraudem creditorum facta. 2. 151. facta in fraudem fiſci. 2. 242.
Amicus: pro amico agere vel appellare ſine mandato non poteſt. 1. 316.
Annuorum redituum emptio. 2. 63.
Appellatio: ſuprema non ultimum ſibi locum inter maieſtatis iura vindicat. 2. 238. à Principe ſuperiorem non recognoſcente tolli poteſt. ibid. Statuto tolli nequit. 2. 238. ab Imperatore ad Pontificem Romanum non procedit. 2. 240. de appellatione ab arbitris. 2. 239. à nominatione ad munera. 2. 245. quando in criminalibus ad Cameram detur. 2. 240. de appellatione procuratoris. 2. 241. de fatalibus appellationum. ibid.
Aqua: proba per aquam frigidam. 2. 235.
Arbiter & arbitrator quis dicatur. 1. 457.
Arrha. 2. 64.
Arioli: eorum dicta ad torturam non ſufficiunt. 2. 233.
Arrogatio. 1. 115. 132. Impuberis. 134.
Aſyla. 1. 88.

B.

Blaſphemi: criminis læſæ Maieſtatis divinæ rei ſunt. 2. 217.
Bona adventitia: an pater de bonis filii adventitiis tranſigere poſſit. 1. 239.
Bonorum poſſeſſio. 2. 146.

C.

Cæcus: iudex eligi nequit. 1. 495.
Canon redintegranda. 2. 175.
Capitis minutio: rectè prioris ſtatus mutatio definitur. 1. 448. minima; adhuc hodie caput minuit. 1. 449.
Capti in bello. 2. 243.
Carcer perpetuus: iure civili, libero homini ad criminis vindictam infligi nequit. 2. 211.
Caupo: depoſitum negans. 2. 201. viatorum factum præſtat. 1. 464.
Ceſſio bonorum. 2. 169.
Charta bianca, Blanket / ſive ſcriptura vacua quaten⁹ obliget. 2. 7.
Citatio definitur. 1. 201. an præſens citari debeat. 1. 208. à iudice incompetente citatus quaten⁹ comparere teneatur. 1. 492.
Clauſula codicillaris: non impedit que-

Digitized by Google

quominus teſtamentum agnatione poſthumi rumpatur, ſi nempe prateritio ab ignorante facta. 1. 509.
Codex Theodoſianus. 1. 10.
Collatio bonorum. 2. 148. ſumtus ſtudiorum non conferuntur. 1. 619
Collegia, vel Univerſitates, poſſunt ſodalibus imperare pecuniam, ad utilitatem rerum ſua adminiſtrationi commiſſarum, etſi non omnes conſenſerint. 1. 344.
Commendatio debitoris. 2. 52.
Commixtio. 2. 158.
Commodatarius: damnum iniuriâ datum non praſtat, ſi nulla eius cura aut diligentia potuit praviderì. 2. 28.
Compenſatio: an ipſo iure fiat, ac num ei in debito iurato ſit locus. 2. 39. qua negotia eam reſpuant, & in ſpecie de commodato & depoſito. 2. 42.
Compromiſſum: an vaſallus, inſcio domino, de re feudi illud inire poſſit. 1. 462.
Concubinatus. 2. 120.
Condictio furtiva, contra heredem in ſolidum datur. 2. 23.
Condictio ob turpem &c. cauſam: an detur ei, qui iudici pecuniam dedit, ut ſecundum ſe in bona cauſa iudicet. 2. 21.
Condictio indebiti: locum habet, ſi is qui dat, non debitum dat, quamvis aliàs debitum ſibi quis recipiat. 2. 22.
Condictio triticaria: definitur. & num bonæ fidei exiſtat. 2. 22.
Confeſſio: num reus ex ea ſola ultrò facta condemnari poſſit. 2. 236.
Coniectura & praſumtiones: circa exheredationem. 1. 516.
Conſenſus parentū in nuptiis. 2. 109.
Conſtitutum: qui ſciens indebitum conſtituit, donare cenſetur. 2. 26.
Conſtitutio nova quando ad præterita trahatur. 1. 122.
Conſuetudo. 1. 123.
Conſules. 1. 163.
Conſulere: prohibitus poſtulare, an prohibeatur conſulere. 1. 259.
Contractus: innominati natura. 1. 221. locus contractûs, an & quat. fundet iuriſdictionem. 1. 487.
Convitium: quatenus convitii veritas convitiantem à condemnatione immunem reddat. 2. 205.
Correus: inter correos an detur actio communi dividundo. 1. 622.
Creditor cui res adiudicata fuit, an eam pro alio debito retinere poſſit. 2. 151.
Crimen: ſanguinis pœnam ingerens an tranſactionem admittat. 2. 253 an de crimine capitali tranſigi queat. 1. 250. crimen Maieſtatis: an Imperator in Pontificem Maximum inſurgens id committat. 2. 213. an & quando extraneus id faciat. 2. 214. an Duci, Comiti, &c. Imperio immediatè ſubiecto, inſidias ſtruens, vitavé periculum creans id committat. 2. 215. Fœderatus non committit. 2. 214. pœna læſa Maieſt. divina, qua Saga & Blaſphemi tenentur. 2. 217.
Culpa: quanam veniat in pignorati-

tia actione. 2. 30. *quanam in locato conducto.* 2. 73.

Curator: an minori invito detur. 2. 127.

Cuſtodia publica: ex cauſa famoſa infamat. 1. 272.

D.

DEcipere adverſarium non debet, qui iuſtam cauſam fovet. 1. 469.

Decurio: quatenus pater pro filio decurione teneatur. 2. 244. *civium bona abſque conſenſu obligare nequit.* 2. 339.

Defenſio in caſu neceſſitatis. 2. 223.

Deflorata: de eo qui ducit defloratam. 2. 110.

Delictum: privatum eiuſque certa nota; & an aliquis ex delicto naturaliter ad pœnam obligetur. 2. 187.

Denunciatio. 2. 90.

Deportatio. 2. 238.

Depoſitum quando in mutuū tranſeat. 2. 45. *an in re immobili conſiſtat.* 2. 43. *rei depoſita poſſeſſio an tranſeat in ſequeſtrum.* 2. 44.

Diſpenſatio. 1. 66. 85.

Diviſio: ob læſionem reſcindenda. 1. 619. *Iure civili inter fratres duobus modis procedit, vel iudicis officio vel ſorte.* 1. 617.

Dolus: definitur. 1. 399.

Dominium eiuſque probatio. 2. 160.

Donatio. 2. 156. *mortis cauſa,* 2. 157. *quando inter virum & uxorem valeat.* 2. 117.

Dos: confeſſata. 2, 114. *dotis lucrum.* 2. 115. *an in mariti dominio exiſtat.* 2. 113. *mortuâ dotatâ ad quē revertatur.* 2. 118. *matrimonium ſine certa dotis conſtitutione contractum.* 2. 115. *de iure retentionis aliiſque remediis, mulieri ratione dotis competentibus* 2. 116. *an mariti heredes, ob adulterium uxoris dotem retinere poſſint.* 2. 119. *de impenſis in res dotales factis. ibid. de rebus ex pecunia dotali comparatis.* 2. 113.

Duplicitas vinculi. 2. 150.

E.

EFfractores quãdo puniendi. 2. 212.

Emancipatio. 1. 130.

Emphyteuſis: eius origo. 1. 556.

Emphyteuta: irrequiſito domino rem emphyteuticam ſeu vectigalem alienans iure ſuo cadit. 1. 559. *quatenus à domino ob canonem non ſolutum expelli poſſit.* 1. 563. *etiam domino non conſentiente ius ſuum donare poteſt.* 1. 562. *res emphyteutica meliorationes ſemper ad dominum pertinent.* 1. 567.

Emptio: facta ab eo, qui eſt heres venditoris. 2. 90. *res furtiva.* 2. 198.

Error: circa rem venditam vel emptam. 2. 57. *circa cauſam traditionis.* 2. 159. *an ius facere poſſit.* 1. 173.

Evictio: in pignore vel nomine vendito. 2. 88. *ex natura rei.* 2. 90. *de expenſis in caſu intentata, ſed non impetrata evictionis.* 2. 89.

Exceptio. 2. 175. *excuſſionis, an in conſtituto locū habeat.* 2. 28. *exceptio qua iudex recuſatur, (utpote dilatoria) poſt litem conteſtatam*

tam fruſtra opponitur, ut & poſt dilatorias alias. 1. 501.
Exheredatio: ex cauſa hæreſeos. 1. 529.
Exilium. 2. 38.

F.

FÆmina eadem dignitate cum marito cenſetur. 1. 161. *eius præcedentia.* 1. 156.
Fama: eius reſtitutio. 1. 95.
Famoſus libellus: eius pœna. 2. 204.
Famulus: Pharmaca famulo à Medicis præſcripta, dominus pharmacopolæ ſolvere tenetur. 2. 158.
Feneſtra: in proprio ſuo pariete, ex qua in alienũ quis proſpiciat, regulariter ſine iure ſervitutis non conſtituitur. 1. 603.
Feriæ: quatenus diebus feriatis procedi queat. 1. 211.
Feudum: ubi filio datum, pater uſumfructum non acquirit. 1. 581. *an filius feudum antiquum retinere, ab allodiali verò paterna hæreditate abſtinere poſſit.* 2. 152.
Fideiuſſor. 2. 180.
Filiatio. 2. 121.
Filiusfamilias SCto Macedoniano renunciare nequit. 2. 34. *ſi ſolverit, pecuniâ à creditore conſumtâ pater agere nequit.* 2. 35.
Fœderatus in fœderatum non habet iuriſdictionem. 2. 242.
Forum quomodo prorogatione competens reddatur. 1. 468.
Fructus. 2. 190. *iuriſdictionales eccleſiaſticorumq; beneficiorum.* 1. 101. *in hæreditatis petitione venientes.* 1. 540.
Fur: an eo ſuſpenſo heredes conveniri poſſint. 2. 196.
Furtum: in locis publicis aut etiam in peſte affectorum domiciliis commiſſum. 2. 208. *natura prohibitum.* 2. 189. *eius pœna.* 2. 192. *ſi quis furtum confiteatur; ſed de re furtiva, loco & perſonis, quibus factum, non conſtet, quanã pœna locum habeat.* 2. 199. *cur furto manifeſto, legibus humanis, pœna quadrupli fuerit irrogata, non manifeſto dupli:* 2. 189 *furti tenetur, cuius ope, conſilio, illud perpetratum.* 2. 190. *furti pœnam aggravantia vel minuentia; ubi de fame, rei ablatæ reſtitutione, ſubtractione pignoris: it.* vom Einbrechen und Feld-Diebſtal. *ut & furto Gabellariorũ, officialium & domeſticorum.* 2. 194. *partem rei furtivæ apud furem deprehenſæ Magiſtratui loci cedere barbarũ eſt.* 2. 197. *de concurſu actionum in materia furti.* 2. 196.

G.

GRadus affinitatis. 2. 150.
Gratia: in pœnis remittendis. 2. 237.

H.

HEreditas, adita & repudiata, 1. 135. *an filius feudum retinere, ab allodiali verò paterna hæreditate abſtinere queat.* 2. 152.
Hæreditatis petitio, eſt actio merè realis. 1. 537. *an contra titulo poſſidentem detur.* 1. 538. *ad quos fructus.* 1. 540.
Hypotheca: iudicialis. 2. 85. *tacita*

eius qui pecuniam ad emptionem vel refectionem domus credidit. 2. 82. *eius, in cuiꝰ prædium alter invexit vel intulit. ibid.*
Hoſpitale: an hoſpitalariis pauperibus ſuccedat. 2. 154.
Homicidium: an eius veriſimile argumentum exiſtat, ſi præſente eo, qui de homicidio ſuſpectus eſt, cadaver hominis interfecti ſanguinem profundat. 2. 234. *an is, qui mandauit Titio, ut Mævium vulneraret, cùm mandatarius fines mandati egreſſus Mævium occidiſſet, ordinariã homicidii pœnam ſubeat?* 2. 222.

I.

IMpenſa: maximè in res dotales facta. 2. 119. *funeris & Medicorum.* 2. 86.
Imperator ſeu Princeps Romanus, prout fuit Auguſtus, Iuſtinianus, &c. an maiorem ampliorémque habeat poteſtatem, quàm olim populus Romanus, liber exiſtens. 1. 171.
Imperium: merum. 1. 183. *mixtum.* 1. 193.
Incendium. 1. 175. 616.
Inceſtus. 2. 220.
Infamis: an poſſit eſſe teſtis. 1. 157.
Iniuria: propulſatio eius an iuris naturalis ſit. 1. 59. *realis & verbalis, quæ ſit.* 2. 203. *an ob levem vel modicam iniuriam damnatum ſequatur* infamia. 2. 202 *actio iniuriarum ſitne annalis.* 2. 203.
In ius vocatio. 1. 201.
Inquiſitio. 2. 211.
Interdictum. 2. 172. *quod legatorum.* 2. 173. *uti poſſidetis.* 2. 174.
Interitus rei. 1. 552.
Interrogationes in iure facienda & interrogatoria actiones. 2. 1.
Inundatio. 2. 160.
Iudex: in cauſa propria & ſuorum nemo poteſt eſſe. 1. 502. *non debet eſſe minor octodecim annis.* 1. 493. *olim datus ſeu pedaneus iuris imperitus eſſe potuit.* 1. 497. *ordinarius recuſari, ut ſuſpectus, non poteſt.* 1. 499. *in iudicem non eligitur cæcus.* 1. 495.
Iudicium: ordinarium vel extraordinarium quid olim, quid hodie? 1. 471. *criminale vel civile quodnam dicatur.* 1. 475. *publicum.* 2. 209.
Iuramentum: eius relaxatio. 1. 117. *ſuppletorium.* 2. 19. *in litem.* 2. 20. *teſtium, eorumq́; periurium & huius pœna.* 2. 106. *ſolennitas iuramenti & forma; & an iurare liceat.* 2. 10. *contractibus aliàs invalidis adiectum, qualem vim habeat.* 2. 13.
Iuris Conſultꝰ iuſtitiæ ſacerdos. 1. 51.
Iuriſdictio: eius etymologia & homonymia. 1. 177. *definitio & diviſio.* 1. 180. *ſimplex.* 1. 197. *municipalium.* 2. 244. *locus contractus, an & quatenus eam fundet.* 1. 487. *an mulier in caſu ſtatuti, ut non contrahat ſine curatore vel agnatorum aſſiſtentia, ea quæ volũtaria ſunt iuriſdictionis, exercere poſſit.* 1. 137. *fœderato in fœderatum non competit.* 2. 242.
Iuris-

Digitized by Google

Iuriſprudentia. 1. 47. *eius commendatio & neceſſitas*. 1. 43.
Ius. 2. 47. *barbaricum*. 1. 39. *canonicum in genere*. 1. 30. *eius libri*. 1. 34. *feudale*. 1. 40. *Gentium quid: item quod primævum & ſecundarium exiſtat*. 1. 53. *Iuris Gentium ſecundarii mutabilitas*. 1. 58. *Græcum poſt Iuſtinianum*. 1. 30. *naturale*. 1. 52. *publicum Roman. ex naturali*, Gg. *& civili iure deſcendit*. 1. 61. *Suevicum, Saxonicum, & aliorum Germanorum*. 1. 41. *ius à iuſtitia deſcendit*. 1. 50. *iuris libri*. 1. 23.
Ius pro facultate morali: aureorum annulorum. 2. 157. *repræſentationis*. 2. 151. *retentionis mulieri competens*. 2. 116.
Ius accreſcendi. 2. 142. *an tranſeat in emptorem*. 2. 66.
Iuſtinianus Imperator. 1. 12. *eius libri legales*. 1. 23.

L.

Læſio immodica: an tranſactionẽ bona fide initã reſcindi faciat? 1. 246.
Laudum: eius vis. 1. 457.
Legatum: eius & fideicommiſſi exæquatio. 2. 137. *varia legandi formulæ*. 2. 139. *quæ res legari poſſint*. 2. 138. *ſervo delatum dominus repudiare poteſt*. 2. 138. *quando legatarius id perdat*. 2. 141. *eius ademptio*. 2. 143. *an utile ſit legatum, ſi cui fructus, deducto uſu, ſit legatus*. 1. 573.
Legitima: an adhuc hodie alio quàm inſtitutionis titulo relinqui poſſit. 1. 526. *in eius computatione, exheredati numerum non augent ſed pro mortuis habentur*. 1. 535.
Legitimatio. 1. 99. 138. *an filius adulterinus per ſubſequens matrimonium legitimetur*. 1. 522.
Lenocinium. 2. 220.
Lex: vetuſtiores quàm Romana quæ ſint? 1. 1. *prima Romanorum*. 1. 4. 10. *an Princeps legibus ſolutus ſit*. 1. 63.
Lex: Aquilia, *eius primum caput*. 1. 615. *liberô homine occiſô, eius heredes ex lege Aquilia utiliter agere poſſunt*. 1. 612. Cornelia: *Titium interficere volens, errore Sempronium interfecit; an lege Cornelia de ſicariis teneatur*. 2. 221. Iulia repetundarum *quem obliget*. 2. 228. peculatûs *ad Romam & alias civitates pertinet*. 2. 229. Rhodia *de iactu; vide infra. verb.* tempeſtas.
Libellus: libelli mutatio. 1. 215.
Liberi: naturales an habeant querelã inofficioſi. 1. 518. *an ſuccedant patri*. 2. 150.
Lis: litis conteſtatio num perpetuet actionem doli. 1. 410. *poſt litem conteſtatam omnes incipiunt malæ fidei poſſeſſores eſſe*. 1. 542.
Litigare: an Chriſtiano liceat. 1. 465.
Locatio conductio: pecunia dationem requirit. 2. 72. *quando præter naturam contractus diſſolvatur*. 2. 75.
Locator conductor quis dicatur. 1. 71.

M.

M*Agi & ſortilegi an revera ſint*. 2. 224.

Man-

Digitized by Google

Mandatum ſolvitur morte. 2. 53. *de re illicita, quæ criminis nomen meretur, invalidum eſt, nec inde actio civilis naſcitur.* 2. 50. *quæ negotia ſpeciale mandatum requirant.* 1. 309.
Maritus nomine uxoris admittitur ad agendum etiamſi non ſatis det, in dotalibus & paraphernalib. bonis: in receptitiis autem cautionem præſtare cogitur 1. 318.
Materna maternis, paterna paternis, quomodo intelligendum? 2. 152.
Matrimonium: quando vere interveniſſe cenſeatur; item de matrimonio zweyer Stieff-Geſchwiſtrig. 2. 111.
Melior atiores deducenda. 2. 102.
Metus: ut dolus ſic metus, bona fidei contractui cauſam dans, contractum vitiat ipſo iure. 1. 387. *an & quatenus metu vano damnum incurrenti ſuccurratur.* 1. 385.
Miles: militum diſciplina & delicta. 2. 243.
Minor quatenus obligetur. 2. 8. *octodecim annis non poteſt eſſe Judex* 1. 493. *reſtitutionē petens quid probare teneatur.* 1. 416. *delictum confitens.* 1. 438. *iuriſperitus ex contractu læſus an reſtituatur.* 1. 441. *XVIII. annis iudicialis procurator eſſe poteſt, defenſor non poteſt.* 2. 91. *videat. infr. procurator & reſtitutio.*
Miſſio in poſſeſſionem: an creditor, cui ſub conditione quid debetur, in eam mitti poſſit. 2. 169.
Manium tranſgreſſor. 1. 152.
Moneta: eius mutatio. 2. 9. *de pœna falſam monetam fabricantis.* 2. 226. *de pœna eorum, qui Principis, Imperatore minoris, monetā corruperint.* 2. 226. *an Princeps, etiam ſummus, monetam debita bonitate intrinſeca carentem, ſalva conſcientia cudere poſſit?* 2. 227.
Mora: debitor in mora conſtituitur unica interpellatione, etiam extraiudicіali. 2. 99.
Municipia: eorum iuriſdictio. 2. 244.
Mutuum: probatō mutuo ſi de quantitate non conſtet, quid faciendum ſit. 2. 6.

N.

Navis totius proprietas, carina cauſam ſequitur. 1. 548.
Nauta vectorum factum præſtat. 1. 464.
Negotiorum geſtor: ſi quis alteri° negotia ſine mandato gerat, accedens ratihabitio mandati actionem parit. 1. 357. *ex natura quaſi contractus illius etiam ob culpam leviſſimam tenetur.* 1. 362. *negotium commune ſi geratur, ita demum negotiorum geſtorum actio datur, ſi gerens negotium ſuum ſeparatim gerere potuerit.* 1. 359.
Nobilis: filii patris non nobilis, an patre nobilitato fiant nobiles. 1. 161. *an nobilibus in nundinis negotiari liceat.* 2. 245.
Novatio. 2. 185.
Novella. 115. c. 3. *ob æque graves vel etiam graviores cauſas liberos exheredari permittit.* 1. 528.

Nun-

Nundina: de iure nundinarũ. 2. 245.
Nuptiæ: an rectè per contractum definiantur. 2. 108. *vid. quoque matrim.*

O.

Operis novi nunciatio. 2. 154. *datur quoq; ei, qui habet ſervitutẽ.* 1. 594
Opera ruſticorum ſive libertinorum modernorum. 2. 149.
Oſculum an legitimam adulterii præſumptionem præbeat. 2. 219.

P.

Pactum: pactum, pollicit. ſtipulatio &c. ut differant. 1. 218. *legitimũ.* 1. 223. *contractibus adiectum.* 1. 230. *ſucceſſorium.* 1. 232. *an hodie actionem pariat.* 1. 225. *inter advocatum & clientulum de quota litis initum, vel de certa re, ſuper qua litigabatur, in eventum victoriæ danda, non valet.* 1. 269. *retrovendendi.* 2. 60. *Obſcuritas pacti venditori potius nocere debet, quàm emptori.* 2. 59. *quòd liceat creditori rei hypothecatæ poſſeſſionem privatâ autoritate occupare.* 2. 84.
Pœna: gravior ultra legem impoſita exiſtimationem conſervat. 1. 279.
Parricidium: eius pœna. 2. 225.
Pauperes an indefinitè heredes inſtitui poſſint. 2. 131.
Peculium. 2. 35. *ſi nihil in peculio ſit, is, qui de peculio acturus eſt, in bona patris vel domini mitti nequit.* 2. 36.
Peregrini: an heredes inſtitui poſſint? 2. 131.
Permutatio. 2. 77.
Philtrum. 2. 224.
Phyſiognomia mala ad torturam non ſufficit. 2. 233.
Pictura: pictum in mea tabula meum ſit. 1. 547.
Pignoratio: 2. 174.
Pignus: res aliena pignori data. 2. 29.
Plagium: an plagium ſit aliena ſibi aſſumere ſcripta. 2. 199.
Pollicitatio. quid & quæ exinde competat actio. 2. 245.
Poſſeſſio: 2. 162. *qui ante litem conteſtatam dolo malo rem poſſidere deſiit, utili actione convenitur.* 1. 453. *poſſeſſionis & proprietatis quæſtio à Iudice ſimul diſceptari & definiri nequit.* 1. 480. *poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores ſunt malæ fidei.* 1. 542.
Poſitiones: quomodo ſalva conſcientia ad eas reſponderi poſſit. 2. 2.
Poſtulare quid. 1. 256. *poſtulare prohibitus an prohibeatur conſulere domi.* 1. 259.
Poſtumus heres inſtitutus. 2. 134.
Poteſtas patria cui Iuri adſcribenda. 1. 126.
Præda. 2. 160.
Prædium: qualitate magis quàm loco diſcernitur. 1. 608.
Præfectus prætorio: quis hodiè eidem aſſimiletur. 1. 167.
Prævaricatio: Advocati an ſententiam nullam reddat. 2. 207.
Præſcriptio: eiuſque interruptio. 2. 164. *de effectu præſcr. in ann. præſtationibus.* 2. 165. *adverſus mi-*

Digitized by Google

nores non currit, ita ut reſtitutione non indigeant. 1. 445.

Primogenitus: an à nondum Rege procreatus, nato poſt regnum adeptum praferatur. 1. 159.

Princeps: an legibus ſolutus ſit. 1. 63. *quando* privilegia *poſſit abrogare.* 1. 68.

Privilegium. 1. 79. *ſumptuum funeris & ad morbum factorum.* 2. 4. *dotis.* 2. 83.

Probatio in cauſa criminali. 2. 105. *cui incumbat.* 2 104. *per aquam frigidam.* 2. 235.

Procurator: dolum & omnem culpam praſtat. 2. 47. *maior 17. annis procurator iudicialis eſſe poteſt; defenſor eſſe non poteſt.* 1. 291. *an minor procuratorem poſſit dare.* 2. 99. *procurator cum libera ſine ſpeciali mandato haud ritè ad ea apponit manus, per qua dominus pœnā incurrere poſſet.* 2. 49. *cùm probabiliter dubitatur de mandato, admittitur procurator cum cautione de rato.* 1. 300. *an in mandato procuratorio clauſula rati neceſſaria ſit.* 1. 306. *cur per procuratorem hereditas non poſſit adiri.* 1. 313. *an & quatenus procurator tàm in praiudicialib⁹ quàm utilib⁹ domini voluntatem declarare queat.* 1. 315. *in publicis iudiciis ad accuſandum vel defendendum procurator intervenire nequit, niſi in caſu, ubi abſens damnari poteſt, aut ad allegandas abſentia cauſas.* 1. 324. *morbo laborans vel alio neceſſario impedimento prapeditus procuratorem mittere non cogitur.* 1. 332. *etſi procurator conſentiat, tamen adverſa parte contradicente, poſt litem conteſtatam non eſt admittendus novus procurator: niſi cauſa revocationis & mutationis iuſta probetur.* 1. 334. *quando procurator de ſuo teneatur.* 1. 336. *quando in actione iniuriarum criminali admittatur.* 2. 204.

Pupillus quat. obligetur. 2. 8.

Q.

QUarta D. Pii. 1. 135. *Falcidia & Trebellianica.* 2. 144. *an aliquando filius duas quartas detrahat.* 2. 143. *de Falcidia & Trebellianica prohibitione.* 2. 145.

Querela inofficioſi: conſuetudine introducta. 1. 504. *datur etiam liberis naturalib⁹* 1. 518. *non datur filioſa. in patris teſtam. praterito, cùm ille teſtament. nullum dicere poſſit.* 1. 512. *Filio à patre exheredato, cauſâq; ingratitudinis probata, nec ex ſua perſona, nepos ex illo filio ad querelā admittitur.* 1. 514. *an teſt. per querelam à fratre inſtitutam reſciſſo, fratrum liberi cum patruis ad ſucceſſionem admittantur.* 1. 536. *an adhuc hodie querela uſus ſit.* 1. 506.

R.

RAptor: *an furti manifeſti pœna teneatur ac de raptorum pœna* 2. 201.

Raptus. 2. 220.

Re-

Receptatoribus hoſtium bellum inferri poteſt,ſicut m.puniri poſſunt, etſi poſtea Magiſtratui reum indicent. 2. 208.

Redhibitoria Actio, & quanti minoris. 2. 86. *redhibitio equi.* 2. 87. *ob acceſſorium non praſtitum ibid.*

Rei vindicatio: eius natura. 1. 544. *quatenus rei vindicatione victus ſumtus & expenſas recuperet.* 1. 550.

Religioſum. 2. 4.

Relegatio: an Magiſtratus aliquem ultra territorium ſua Iuriſdictionis relegare poſſit. 1. 170. *ex cauſa famoſa facta infamat.* 2. 277.

Renunciatio filiarum quat. heredes earum liget. 1 236.

Reſtitutio fama. 2. 95.

Reſtitutio in integrum: extraordinarium remedium exiſtit. 1. 369. *à magiſtratu municipali non permittitur.* 1. 373. *adverſus praſcriptionem longiſſimi temporis maioribus,ſub ignorantia pratextu, non competit.* 1. 451. *minorum, ſi concurrat cum remedio communi, minoris eſt electio, utro experiri malit.* 1. 413. *ceſſat in minorum criminibus.* 1. 435. *an detur iuris perito minori ex contractu laſo.* 1. 441. *ad fideiuſſores minoris ob fragilitatem lapſi non tranſit.* 1. 423. *ceſſat, ſi minor contractum iureiur. confirmavit.* 1. 428.

Retorſio: an perimat actionem. 2. 205.

S.

Sacrilegium. 2. 200.

Saga tenentur crimine laſa Mai. divina. 2. 217.

Salarium. 2. 74.

Satiſdatio iudicio ſiſti an fideiuſſoris dationem requirat. 1. 209.

Scheda teſtamento ſubiuncta. 2. 133.

Scriptura: privata. 2. 105. *in charta mea ſcriptum ſtatim meum ſit.* 1. 547.

Senatus Romanus. 1. 155.

Senatus Conſultum: Vellejanum *an & quando habeat locum? & num mulier eidem renunciare poſſit.* 2. 37. Macedonianũ *vid. ſupr. ſubmſ.* Turpillianũ: *an mulier in hoc incidat.* 2. 230.

Sententia: eius executio. 2. 168. *an & quam ſententiã iudex mutare poſſit.* 2. 166. *in caſibus quibuſdam reſcinditur vel annullatur.* 2. 167.

Sepultura: an mortui in civitate ſepeliendi & de pœna ſepulchra violantium. 2. 206.

Servi. 2. 243.

Servitus: dividitur. 1. 569. *realis,an ſine pradio conſtitui queat.* 1. 588. *à domino pradii ſervientis impediri nequit.* 1. 592. *pradio vel domino eius utilitatem prabeat.* 1. 591. *perpetuam cauſam habere debet.* 1. 550. *an ſervitus ſub conditione conſtitui poſſit.* 1. 596. *an & quatenus ſervitutes tempore acquirantur. ibid. an fundi partibus imponi poſſit* 1. 595 *ſimpliciter conceſſa, quomodo definienda.* 1. 608. *ſervitutes, ne altius quis tollat*

lat ades, & ne luminibus officiat diſtincta ſunt ſervitutes. 1. 601. ſervitutes luminum & ne luminibus officiatur, manifeſte differunt. 1. 602. ſervitus aquæ hauſtus & pecoris ad aquam appulſus ſervitutes reales ruſtica ſunt. 1. 607. ſi quis ſervitutem proiiciendi nullam habet, aquam in alterius prædium effundere nequit. 1. 604. actus ſine ſervitute itineris eſſe poteſt, & in via aliquid amplius eſt, quam in duabus prioribus ſervitutibus ſimul. 1. 606. & qui ſervitutem habet, novum opus nunciare poteſt. 1. 564. ſervitutis amiſſio per non uſum & præſcriptionem libertatis. 1. 610.

Simonia. 2. 230.

Socius: Societas an iniri poſſit, ut qui pecuniam confert, abſque ullo periculo, partem lucri capiat. 1. 54. etiam unius rei ſocii in id tantùm, quod facere poſſunt, condemnari debent. 1. 55. rei criminum de ſocio interrogari non poſſunt. 2. 233.

Sodomia. 2. 220.

Solutio. 2. 186.

Sortilegi: an revera ſint? 2. 224. deq. eorum variis indiciis. 2. 236.

Specificatio. 2. 158.

Sponſio. 1. 227.

Spurii ne quidem infamia facti notantur, minus ergo infamia Juris. 1. 282.

Status hominum 1. 124.

Statu liberi. 1. 125.

Stellionatus crimen famoſum non eſt, ſed extraordinariam coercitionem habet. 1. 274. pro cauſa tamen diverſitate famoſum eſt. 2. 209.

Stipulatio. 2. 177.

Stuprum. 2. 220.

Subſtitutio: pupillaris ante inſtitutionem ſcripta. 2. 134.

Succeſſio: Coniugum. 2. 153. Hoſpitalis. 2. 154. liberorum naturalium in bonis patris. 2. 150.

Sumtus ſtudiorum non veniunt in collationem. 1. 619. quatenus rei vindicatione victus recuperet ſumtus & expenſas. 1. 550.

Syndicus, vel etiam Decurio univerſitatis civium ſingulorum bona abſque eorum conſenſu, etiam ex cauſa, obligare non poſſunt. 1. 339.

T.

Tabellarius. 2. 52.

Taxa victualium 2. 229.

Tempeſtate maris ingruente alienas ex navi merces quidolo eiecit, qua actione & in quid teneatur. 1. 231.

Terminorum motio. 2. 200.

Teſtamentum: quatenus Juris publici ſit. 2. 128. ad mortem damnati. 2. 128. apud acta factum. 2. 132. paternum. 2. 133. filiifamil. 2. 130. mente capti. 2. 129. Coniugum publicatio. 2. 133. quis iure militari teſtari poſſit. 2. 131.

Teſtes: quinam eſſe poſſint: & an in ſecunda inſtantia contra perſonas eorum excipi queat 2. 108 eorum iuramentum, periurium & periurii pœna, 2. 106. unus teſtis ad tortu-

torturam iure Juſtinianeo non facit indicium. 2. 232.

Theſaurus. 2. 627. 2. 242.

Tortura: an torquendi poteſtas meri aut mixti ſit imperii, an verò ſimplicis Iuriſdictionis? 2. 230. *Si Iudex nullis præcedentibus indiciis reum ad torturam abripiat, iſque vi tormentorum crimen fateatur, ac poſt torturam ſuperveniant demùm indicia, reus condemnari nequit.* 2. 231. *animi trepidatio, vultus mutatio, & titubatio pro ſuſpicionibus criminis, ad quæſtionem ſufficientibus agnoſcuntur.* 2. 232. *mala phyſiognomia & ariolorum dicta ad torturam non ſufficiunt.* 2. 233.

Tranſigere: de bonis filii adventitiis an pater poſſit. 1. 239. *an de crimine capitali tranſigi poſſit.* 1. 250. *cur de adulterio non poſſit.* 1. 252. *an in criminibus ſanguinis pœnā non ingerentibus tranſigi poſſit.* 1. 213. *an læſio immodica tranſactionem bona fide initam reſcindat.* 1. 246.

Tutor: literarum ignarus. 1. 124. *datur liberis etiam in patria poteſtate conſtitutis, bonorum maternorum intuitu.* 2. 126. *Suſpectus.* 2. 123. *ſe excuſans.* 2. 124. *à quo detur vel confirmetur.* 2. 121. *eius authoritas.* 2. 122. *officium, & quibus actionibus tutor & curator conveniantur.* 2. 125.

V.

Vaſallus: an inſcio domino de re feudi compromiſſum inire poſſit. 1. 462.

Vendere: an cogi quis poſſit, ut vendat iuſto pretio. 1. 168. *ut tempore publicæ neceſſitatis.* 2. 56. *benefic. l. 2. C. de reſcind. vend.* 2. 68. *res vendita neceſſariò eſt tradenda.* 2. 71. *rei venditæ periculum.* 2. 69. *res una duobus vendita.* 2. 66.

Venia ætatis. 1. 109. *an venia impetratio adhuc hodie neceſſaria & quibus?* 1. 204.

Via: in via amplius quid eſt quàm in ſervitute actus & itineris. 1. 606.

Vicinus: ex cuius ædibus incendium fuit ortum, vicino damnum reſarcire debet, ſed tamen actor, patremfam. in culpa eſſe probare tenetur. 1. 626.

Viri præcedentia. 1. 156.

Vis: publica quid ſit. 2. 221. *qui creditum vi recuperat, licet mulier vel ruſticus, tamen ius crediti amittit. ibid. an vis & metus contraria ſint voluntati? diſting. inter integram & remiſſam voluntatem.* 1. 382.

Unio prolium. 1. 148.

Univerſitas: an delinquere poſſit? 1. 347. *de formando univerſitatis mandato procuratorio.* 1. 353. *vid. ſupra Colleg.*

Uſucapio: res iudicii mutandi cauſa alienata uſucapi poteſt. 1. 455.

Uſusfructus: definitur. 1. 570. *an vulgata diviſio uſusfruct. in cauſalem & formalem tolerari poſſit.* 574. *an quaſi uſusfructus ſine cautione ſubſiſtere poſſit.* 1. 583. *an veſtimen-*

Digitized by Google

ſtimentorum ſit verus uſuſfr. 1. 582. an uſuſfructus earum rerum, quæ uſu conſumuntur, etiam inter vivos conſtitui poſſit. ibid. an uſuſfructus ſit pars dominii. 1. 571. uſuſfructus civitati relictus. 1. 585.

Uſufructuarius: an naturaliter poſſideat fundum. 1. 575. an in fundo fructuario ædificium ponere, vel faciem ſoli mutare poſſit. 1. 577. an cogatur, ſi fructuum perceptionem locare velit, proprietarium aliis omnibus præferre. 1. 579. an eidem pro vindicandis ſervitutibus fundo fructuario debitis, actio confeſſoria competat. 1. 576. finito uſufructu an eidem ex pendentibus fructibus aliquid debeatur. 1. 587

Uſura: quatenus ſit crimen. 2. 91. quomodo illud committatur. 2. 92. an ſola oblatio uſurarum curſum inhibeat. 2. 100. quatenus debeantur ex mora. 2. 98. an & quatenus uſuræ habeant etiam ſortis prælationem. 2. 99.

Vulnerare: de duobus aliquem mortiferè vulnerantibus. 2. 114.

GLORIA SOLI IN EXCELSIS DEO!

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google